Die Verwirkung im gewerblichen Rechtsschutz

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der juristischen Doktorwürde

vorgelegt der hohen rechts- und staatswissenschaftlichen

Fakultät der Albert-Ludwigs-Universität

zu Freiburg i. B.

von

Walther Oppenheim

Referendar aus Berlin

CARL HEYMANNS VERLAG

BERLIN 1932

Referent:

Geheimrat Professor Dr. Merkel

Durch die Genehmigung einer Dissertation nimmt die Fakultät zu den darin ausgesprochenen Anschauungen nicht Stellung.

R. UNIV. BIBLIOTHEEK LEIDEN

Gedruckt bei Julius Sittenfeld, Berlin W 8

Inhaltsverzeichnis

Einleitung 1

1. Kapitel: Übersicht über die Entwicklung der Verwirkungsrechtsprechung und ihren Einfluß auf das Warenzeichen- und Wettbewerbsrecht 4

a) Der dem Willen des Gesetzgebers entsprechende Rechtszustand . . . 4

b) Seine Umbildung durch die Rechtsprechung 8

c) Die eigentliche Verwirkungsrechtsprechung 12

2. Kapitel: Was ist „Verwirkung"? 19

a) Sie führt zu einem relativen Rechtsverlust 19

b) Sie führt zu einem entsprechenden Rechtserwerb 20

3. Kapitel: Systematische Einordnung 25

a) Abzulehnen ist eine entsprechende Anwendung der Vorschriften über

1. Verjährung 25

2. gewisse andere gesetzliche Verwirkungsvorschriften 26

3. die Grundsätze der Verwirkungsrechtsprechung zum BGB. und Aufwertungsrecht 26

4. Verarbeitung (§ 950 BGB.) 29

b) In Betracht kommen dagegen die Vorschriften über die Ersitzung (§ 937 BGB.) 30

1. Grundgedanken der Ersitzung

aa) römischrechtliche 30

bb) deutschrechtliche 31

2. Gründe für die entsprechende Anwendbarkeit 33

3. Umfang der entsprechenden Anwendbarkeit 40

4. Kapitel: Folgerungen für das Wettbewerbsrecht 41

a) Vermutung der Gutgläubigkeit 41

b) Verschulden bei der Untätigkeit des Verletzten nicht nötig 42

5. Kapitel: Folgerungen für das Urheber- und Erfinderrecht: Hier keine Ersitzung 43

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41543109_0151

Einleitung

Die neuere Rechtsprechung (insbesondere des II. Zivilsenats des Reichsgerichts) zum Warenzeichen- und Wettbewerbsrecht, die allgemein als „Verwirkungsrechtsprechung" bezeichnet wird, ist von weittragender Bedeutung, da sie zu einer völligen Umbildung des Systems des Rechtsschutzes für Waren- und Geschäftsbezeichnungen geführt hat.

Diese Rechtsprechung, deren Entwicklung zurzeit (Anfang 1932) einen gewissen Abschluß erreicht zu haben scheint, bedeutet für alle Inhaber von langjährig im Verkehre eingebürgerten Firmenbezeichnungen, Warenzeichen, Warenausstattungen und schlagwortartig geführten Geschäftsbezeichnungen eine große Gefahr. Sie führt dazu, daß ein solcher Zeicheninhaber jetzt eines Tages vor der Tatsache stehen kann, keinen Rechtsschutz für seine gute alte Bezeichnung mehr gegenüber einem jüngeren Wettbewerber zu erhalten, der sich ein der älteren Bezeichnung gleiches oder mit dieser verwechslungsfähiges Zeichen zugelegt und seinerseits im Verkehr zum Kennzeichen seines Geschäftsbetriebes gemacht hat. Sogar in Fällen der Ingebrauchnahme solcher jüngerer Bezeichnungen in unlauterer Absicht, wo also die Tatbestandsmerkmale des § 1 UWG. auf seiten des Beklagten zunächst ohne weiteres gegeben waren, gelangt jetzt die Rechtsprechung unter Umständen auch zur Abweisung des auf Unterlassung klagenden Zeicheninhabers, dessen Rechte verletzt werden.

Die Folge solcher Entscheidungen ist ein die Übersichtlichkeit des Verkehrs und auch die Schlagkraft des einzelnen Zeichens hinderndes Nebeneinanderbestehen verwechslungsfähiger oder gar gleicher Bezeichnungen. Der meist offen ausgesprochene Vorwurf, den die Rechtsprechung gegen den jeweils entrechteten Zeicheninhaber erhebt, ist sein übermäßig langes Dulden des für einen anderen in der Entstehung begriffenen wettbewerbrechtlichen Besitzstandes an einer Bezeichnung. Hier tritt zugleich die einzige Möglichkeit eines wirksamen Schutzes gegen die gekennzeichneten Gefahren zutage: Wer die Schlagkraft seiner Geschäfts- und Warenbezeichnung für sich allein erhalten wissen will, muß mehr als bisher wachsam gegenüber allen nur irgendwie nach einer Verletzung seiner Zeichenrechte aussehenden Machenschaften der Wettbewerber sein

und sofort dagegen einschreiten. Er kann es sich nicht mehr leisten, erst einmal die Entwicklung abzuwarten, um dann immer noch rechtzeitig genug mit seinem Verbot hervorzutreten. Er kann vor allem nicht mehr darauf vertrauen, daß eine unlautere Wettbewerbshandlung auf immer als solche gekennzeichnet bleibt und als illegales Verhalten stets von ihm verfolgt werden kann: Aus unlauterem Wettbewerb kann jetzt ein lauterer werden!

Es sollen daher die in der Verwirkungsrechtsprechung enthaltenen Grundsätze festgestellt werden, um danach Regeln für die in Betracht kommenden Tatbestände zu erhalten.

Es wird zunächst festgestellt werden, welche Stellung die Verwirkung im Warenzeichen- und Wettbewerbsrecht einnimmt; sodann ist zu ermitteln, was sie materiellrechtlich bedeutet. Das Ergebnis der Entscheidungen soll als geltendes, durch die Rechtsprechung geschaffenes Recht zugrunde gelegt werden. Die Untersuchung der Grundlage der Verwirkung ist schon deshalb erforderlich, weil das RG. ständig bei seiner Verwirkungsrechtsprechung betont, daß mit der sog. Verwirkung kein neues Rechtsinstitut[1]) geschaffen werden solle.

Erst wenn festgestellt ist, was die Verwirkung ist und welche Stellung ihr im Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht zukommt, soll ihre Anwendbarkeit für das Urheberrecht sowie die anderen Gebiete des gewerblichen Rechtsschutzes geprüft werden.

Da die Rechtsprechung sich allmählich entwickelt hat, kann nicht jede Entscheidung als geltendes Recht behandelt werden. Es wird sich vielmehr zeigen, daß gewisse Entscheidungen zu weit gegangen sind.

Es wird sodann versucht werden, das ermittelte Ergebnis durch Vergleich mit anderen Rechtskategorien und Abgrenzung von anderen Arten der „Verwirkung" in ein System zu bringen. Hierbei handelt es sich im wesentlichen um die Prüfung, ob eine entsprechende Anwendung der Vorschriften über Ersitzung in Betracht kommen kann.

Die aus der Rechtsprechung folgende Änderung der Bewertung der Registereintragung im Warenzeichenrecht hat Anlaß zu Bedenken gegen die ganze Rechtsprechung gegeben. Man warf ihr vor, daß sie das Register durch eine Überbewertung des wettbewerbrechtlichen Besitzstandes überflüssig mache. Diesen Bedenken tritt Pinzger[2]) überzeugend entgegen, indem er auf die nach wie vor

[1]) RG. 127, 321.
[2]) DJZ. 31, 659 ff.

bestehenden Vorteile verweist, die die Registereintragung für den Beweis des Bestehens eines gültigen Rechts besitzt. Auf seine Ausführungen kann im übrigen hier verwiesen werden.

Aber trotz aller Bedenken muß auch diese Rechtsentwicklung anerkannt werden[1]). Denn sie entspricht der im modernen Recht stark vertretenen „Tendenz auf Lockerung aller Rechtsbeziehungen", die sich bei den Vorschriften über die Verjährung und Ersitzung von Rechten, vor allem in der „reichlichen Verwendung des Verschweigungsgedankens" im Grundbuch- und sonstigen Registerrechte und auch in der starken Betonung des Verkehrsschutzes im Handelsrecht wie im übrigen Zivilrecht deutlich zeigt; sie hilft, die Schärfen unseres Rechtssystems befriedigend zu mildern[2]).

[1]) Vgl. dazu die überzeugenden Ausführungen von Daffis in GRUR. 31, 801 ff.

[2]) Ernst Heymann S. 64.

1. Kapitel

Übersicht über die Entwicklung der Verwirkungsrechtsprechung und ihren Einfluß auf das Warenzeichen- und Wettbewerbsrecht

a) Der dem Willen des Gesetzgebers entsprechende Rechtszustand

Die reichsgerichtliche Rechtsprechung der letzten Jahre über Verwirkung hat das Wettbewerbsrecht[1]) grundlegenden Änderungen unterworfen. Zu ihrer Beurteilung bedarf es daher zunächst einer Übersicht über das System des Rechtsschutzes für Waren- und Geschäftsbezeichnungen, das seine Grundlage in dem Gesetze zum Schutze der Warenbezeichnungen von 1894 und dem Gesetze gegen den unlauteren Wettbewerb von 1909 hat.

Das WzG. von 1894 sieht als alleiniges Tatbestandsmerkmal für die Erteilung des Rechtsschutzes die Eintragung in der beim Patentamt geführten Zeichenrolle vor. Das in diesem Gesetz enthaltene Registersystem ist selbstgenügsam, d. h. für den Erwerb und Verlust des Wz.-Rechts gibt es nur die im Wz. vorgesehenen Gründe, und es beruht auf dem Prioritätsprinzip: Über das bessere Recht eines Warenzeichens im Verhältnis zu einem für gleiche oder gleichartige Waren eingetragenen anderen Warenzeichen, mit dem es verwechslungsfähig ist, entscheidet die Priorität der der Eintragung zugrunde liegenden Anmeldung beim Patentamt (§§ 5 Abs. 1, 6 Abs. 2, 9 Abs. 1 Satz 1 WzG.). Der Gedanke, daß die Werbekraft eines Unternehmens, die sich in einem Warenzeichen verkörpern kann, schutzbedürftig ist und daher Einfluß auf den Erwerb des Warenzeichenrechts ausüben müßte, hat für den Erwerb des eingetragenen Warenzeichens in diesem System vom Gesetzgeber keine Berücksichtigung gefunden. Wer sein Warenzeichen und mit ihm die Werbekraft seines Unternehmens durch das Warenzeichengesetz geschützt wissen will, muß sich in diese Ordnung fügen oder sich die Schutzlosigkeit der von ihm geschaffenen Werte gefallen lassen [2]).

Das eingetragene Warenzeichen genießt auf Grund von § 14 WzG.

---

[1]) Das Wettbewerbsrecht im weiteren Sinne umfaßt auch das Wareenzichenrecht. Vgl. zu c) auf S. 13 dieses Kapitels.

[2]) Kohler, Markenschutz, S. 261 a. E.; vgl. auch Gesetzesmaterialien zu § 8 des Entwurfs eines Gesetzes zum Schutze der Warenbezeichnungen bei Geitel S. 48.

Schutz gegen grobfahrlässige oder wissentliche Verletzungen (Schadenersatzansprüche), insbesondere gewährt es aber schon gegen objektive Verletzungen den Weg einer negatorischen Unterlassungsklage gemäß §§ 12 WzG., 1004 BGB.

Nach dem Prinzip der Selbstgenügsamkeit gibt es, ebenso wie beim Erwerb des Rechts, auch für die Löschung des Warenzeichens nur die in §§ 8, 9 WzG. aufgeführten Gründe[1]).

Die angeführten Gesichtspunkte und die Gesetzesmaterialien[2]) zeigen also deutlich, daß das WzG. ein in sich geschlossenes System des Schutzes, Erwerbs und Verlusts des Rechts am eingetragenen Warenzeichen aufstellen wollte[3]).

Das beweist auch die Rechtsstellung, die die Ausstattung gemäß § 15 WzG. einnehmen soll.

Die Ausstattung war vom Gesetzgeber ursprünglich als Warenkennzeichnung, die nicht eintragungsfähig ist, gedacht; sie steht nach der Absicht des Gesetzgebers als geringeres Recht dem eingetragenen Warenzeichenrecht gegenüber und genießt daher nach dem Wortlaut des § 15 WzG. nur in geringerem Umfange Schutz[4]), insbesondere keinen negatorischen Schutz gegen objektiv rechtswidrige Verletzungen[5]). Der Schutz der Ausstattung wird erworben durch Erlangung der „Verkehrsgeltung", also nur durch die Arbeit des Unternehmers im gewerblichen Verkehr: er muß sie zum Kennzeichen seiner Waren in beteiligten Verkehrskreisen gemacht haben. Während zur Entstehung des eingetragenen Wz. durch die Registereintragung zunächst ein künstlicher, fingierter Geltungsbereich geschaffen wird, gibt es für die Ausstattung nur den natürlichen, tatsächlichen Geltungsbereich, der sich im geschäftlichen Verkehr herausgebildet hat.

Die Anerkennung des Schutzes für Ausstattungen beruht bereits auf der dem späteren Gesetze gegen den unlauteren Wettbewerb zugrunde liegenden Anschauung, die man mit Ulmer[6]) etwa

[1]) Löschung von Amts wegen bei Ablauf der 10 Jahresfrist oder wenn die Eintragung hätte versagt werden müssen: § 8; Priorität, Nichtfortführung des Geschäftsbetriebes oder der Waren, nachträgliche Dezeptivität: § 9 WzG.

[2]) Geitel S. 48.

[3]) Vgl. Kohler, Warenz.R. S. 69 über die auf diesem System beruhende Rechtsprechung.

[4]) § 15 WZG. ist als strafrechtlicher Tatbestand gefaßt und gewährt einen Schadensersatzanspruch nur bei vorsätzlicher Verletzung des Rechts in Täuschungsabsicht.

[5]) Vgl. bei Geitel S. 53 die Begründung zu § 14 des Entwurfs eines WzG.

[6]) S. 7: sogenannte Norm vom konfundierenden unlauteren Wettbewerb.

wie folgt definieren könnte: „Niemand darf Waren anbieten unter Umständen, die den Anschein der Herkunft dieser Waren aus einem anderen Unternehmen erwecken." Aus diesem Satz folgt aber, daß Warenbezeichnungen, die vom Verkehr einem bestimmten Unternehmen zugerechnet werden, grundsätzlich von keinem anderen insoweit benutzt werden dürfen, als sich diese Zurechnung erstreckt. Soweit die Werbekraft eines Unternehmens sich in den Warenzeichen des Unternehmens verkörpert, ist sie vor Ausnutzung durch Unbefugte zu schützen.

Dieser wettbewerbrechtliche Gedanke ist zwar damit in § 15 WzG. bereits in die Erscheinung getreten, aber er führte noch nicht zu einer Durchbrechung des selbstgenügsamen Registersystems. Der Schutz eines Warenzeichens sollte nur durch die Registereintragung zu erlangen sein. Man erkannte jedoch bei Abfassung des WzG. von 1894 bereits die Problematik des Verhältnisses von Warenzeichenrecht im engeren Sinne zum Wettbewerbsrecht und entschied dahin, daß das WzG. auf seinem Gebiete eine lex specialis bilden sollte [1]).

Die nach Inkrafttreten des BGB. einsetzende Rechtsprechung deutet dann die von der wettbewerbrechtlichen Seite her dem geschlossenen System des Warenzeichenrechts drohende Durchbrechung an. Das RG. gewährte zunächst auf Grund des § 826 BGB. eine actio bzw. exceptio doli im Sinne eines Interessenausgleichs zwischen demjenigen, der, ohne eingetragen zu sein, über eine als Warenzeichen eintragungsfähige Kennzeichnung seines Erwerbsgeschäfts, die auch Verkehrsgeltung besitzt, verfügt, und dem Wettbewerber, der, in der Absicht, sich die Werbekraft eines anderen zunutze zu machen, die Eintragung des Kennzeichens in die Warenzeichenrolle für sich erwirkt hat [2]). Diese Rechtsprechung durchbricht bereits dadurch das Registersystem, daß sie einen außerhalb des WzG. liegenden Löschungsgrund gewährt.

Mit dem Inkrafttreten des UWG. von 1909 kommt es dann allmählich zur völligen „Unterhöhlung" [3]) des ganzen Systems.

Dieses Gesetz führte durch den § 16 einen Schutz der Bezeichnungen ein, die in erster Linie auf das Unternehmen als Ganzes verweisen, aber zugleich Warenbezeichnung sein können, wie Firma, Name und „besondere Bezeichnung" [4]) eines Erwerbsgeschäfts. Der

[1]) Geitel S. 48.

[2]) RGZ. 48, 119; RGZ. 66, 236. Vgl. hierzu und zum folgenden Wassermann in GRUR. 29, 413 ff., besonders S. 414/15.

[3]) Ulmer S. 19.

[4]) Hierzu gehören vor allem auch die schlagwortartigen Bestandteile von ganzen Firmen, die ebenso wie Warenzeichen besonders für zugkräftige Werbung im Publikum bestimmt sind.

Schutz des § 16 Abs. 1 besteht in der Gewährung der Unterlassungsklage bei objektiv rechtswidrigen Eingriffen, der des Abs. 2 in der Gewährung von Schadenersatzansprüchen bei wissentlicher oder grobfahrlässiger Verletzung. Während aber Name, Firma und Etablissementsbezeichnung schon vor Erlangung einer Verkehrsgeltung einen gewissen Schutz nach §§ 12 BGB., 14 WzG., 16 Abs. 1 und 2 UWG. und auf Grund des Firmenrechts im HGB. genießen, ist die für das Recht an Warenbezeichnungen charakteristische Vorschrift der § 16 Abs. 3 UWG: Dieser spricht von „Geschäftsabzeichen und sonstigen zur Unterscheidung des Geschäfts von anderen Geschäften bestimmten Einrichtungen, welche innerhalb beteiligter Verkehrskreise als Kennzeichen des Erwerbsgeschäfts gelten", und stellt deren Rechtsschutz dem der Bezeichnungen des Abs. 1 und 2 gleich.

Die letztere Gesetzesstelle beweist deutlich, daß das UWG. auf Grund der in ihm enthaltenen Auffassung vom Wettbewerb, die sich auch schon in § 15 WzG. zeigte, demjenigen Schutz gewähren will, der sich, ohne Verstoß gegen die guten Sitten des lauteren Wettbewerbs, unter entsprechendem Aufwand von Mühe und Kosten einen „wettbewerbrechtlichen Besitzstand" an einem Geschäftskennzeichen im Verkehre geschaffen hat.

Mit dem von Schrifttum und Rechtsprechung stets verwerteten Begriff des wettbewerbrechtlichen Besitzstandes an einem Kennzeichen ist der Zustand der Verkehrsbekanntheit des Kennzeichens gemeint, der auch „Verkehrsgeltung" genannt wird. Das WzG. spricht in § 15 und das UWG. in § 16 Abs. 3 von „Bezeichnungen, welche innerhalb beteiligter Verkehrskreise als Kennzeichen gleichartiger Waren bzw. des Erwerbsgeschäfts gelten". Der Besitzstand ist Tatbestandsmerkmal für die Begründung des Rechts an einer nicht eingetragenen Warenbezeichnung, ebenso wie es die Registereintragung für das eingetragene Wz. ist. Der Begriff des Besitzstandes [1]) gehört zu den Grundlagen des oben definierten wettbewerbrechtlichen Gedankens: „Die Fehlzurechnung, gegen die sich die entsprechende wettbewerbrechtliche Norm richtet, ist im Gebiete des Zeichenrechts Eingriff in den Besitzstand an einer Marke" [2]). Der Besitzstand an einem Kennzeichen ist psychisch begründet;

[1]) Vgl. ferner zum Begriff des „Besitzstandes": KG. 10. U. 5294/28 vom 15. 8. 28 in GRUR. 29, 108, besonders S. 110. Elster in GRUR. 31 S. 686, Callmann Anm. 37, 45, 57 zu § 1, Anm. 30 und 31 b zu § 16 UWG. Pinzger-Heinemann S. 299 und RG. in MuW. 30, 240.

[2]) Vgl. Ulmer S. 23 f. und die daselbst vorgenommene umfangreichere Untersuchung des Begriffes „Besitzstand".

er ist Ausdruck für eine beim Abnehmerkreis vorhandene Bewußtseinslage, die gegebenenfalls bestimmte Assoziationen in bezug auf Warenzeichen und Ware hervorzubringen vermag.

Der vom UWG. gewährte Schutz hat denselben Umfang, wie ihn das WzG. einem eingetragenen Wz. gewährt; seine Dauer aber muß sich dort, wo eine Eintragung fehlt, notwendig der Dauer der Verkehrsgeltung anpassen: läßt diese nach, gleichviel aus welchem Grunde, so hört auch die Voraussetzung für einen Rechtsschutz auf [1]).

Auf der wettbewerbrechtlichen Seite des Systems des Schutzes von Warenbezeichnungen gilt folgerichtig nicht der Grundsatz der Priorität der früher in Gebrauch genommenen Bezeichnung, der das formelle Warenzeichenrecht beherrscht. Das Recht am „Geschäftsabzeichen" oder der „sonstigen Einrichtung" entsteht nicht mit der Ingebrauchnahme, wie z. B. auch bei den Schutzgegenständen des § 16 Abs. 1 UWG., sondern erst mit dem Zeitpunkte, in dem die Kennzeichnungskraft innerhalb beteiligter Verkehrskreise eintritt, d. h. wenn in diesen Verkehrskreisen das Zeichen auf ein bestimmtes Geschäft bezogen wird.

Obwohl § 16 UWG. nach seiner Fassung auch Wz. und Ausstattungen hätte schützen können, sollte dennoch nach der Absicht des Gesetzgebers auch das UWG. noch die Stellung des WzG. als lex specialis unberührt lassen: Denn nach § 16 Abs. 3 Satz 2 finden die Bestimmungen des § 16 auf Wz. und Ausstattungen keine Anwendung.

Einen so starken Schutz, wie ihn das WzG. für ein eingetragenes Wz. gewährt, sollte man ohne Eintragung mit Hilfe des UWG. nicht genießen. Der indirekte Eintragungszwang blieb auf diese Weise erhalten.

Ebenso wie der Gesetzeswortlaut zeigen auch die Gesetzesmaterialien [2]) zu § 16 Abs. 3 Satz 2 UWG., daß auch noch bei Inkrafttreten des UWG. 1909 das Recht der Warenbezeichnungen eine lex specialis gegenüber dem UWG. bleiben sollte: Eine Streichung des Satzes 2 wurde ausdrücklich abgelehnt.

b) Seine Umbildung durch die Rechtsprechung

Die Anerkennung des Erwerbs von Kennzeichnungsrechten auf rein wettbewerbrechtlicher Grundlage, also nicht durch die Eintragung in die Warenzeichenrolle, sondern durch Erwerb eines wettbewerbrechtlichen Besitzstandes, konnte jedoch nicht ohne Einfluß

[1]) RG. in MuW. 27/28, 453 ff. = RGZ. 120, 402.

[2]) Vgl. bei Ulmer S. 20 Anm. 2 II und Finger, Anm. 5 und 6 zu § 12 WzG.

auf das Warenzeichenrecht nach dem WzG. bleiben. Denn jetzt erwarb man Kennzeichnungsrechte, die denselben Rechtsschutz wie ein eingetragenes Warenzeichen genießen, ohne daß es der Erfüllung der Voraussetzungen für den Erwerb eines Wz., einer Eintragung in die Zeichenrolle, bedurfte. Mit Rücksicht auf § 16 Abs. 3 Satz 2 bot das UWG. einem uneingetragenen Wz. mit Verkehrsgeltung als solchem keinen Schutz; diesen gab es nur, wenn es sich dabei auch um ein „Geschäftsabzeichen" handelte.

Dem Bedürfnis nach Schutz der uneingetragenen Warenbezeichnung, welchem das UWG. nur mittelbar und noch nicht genügend Rechnung getragen hatte, half dann die Rechtsentwicklung, insbesondere durch die Rechtsprechung zu § 15 WzG., ab. Diese Entwicklung steht in engem Zusammenhange mit dem Bedürfnis nach Schutz der „wettbewerbrechtlichen Stellung eines Arbeitsergebnisses" durch Unterlassungsklagen; auch hier hat die Rechtsprechung durch weitherzige Gesetzesanwendung abgeholfen [1]).

Der Ausstattungsbegriff nach § 15 WzG. wurde jetzt nicht mehr, wie es der Gesetzgeber gewollt hatte, einer Warenkennzeichnung, die nicht eintragungsfähig ist, gleichgesetzt. Man verstand nunmehr darunter einen Begriff, welcher eine eintragungsfähige Warenbezeichnung, die Verkehrsgeltung erlangt hat, aber nicht eingetragen ist, mitumfaßt [2]) und gewährte ebenso wie einem eingetragenen Wz. auch der Ausstattung gegen objektiv rechtswidrige Verletzungen den Schutz der negatorischen Unterlassungsklage [3]).

Die Unterlassungsklage gegen objektiv rechtswidrige Rechtsverletzungen wurde also jetzt der Ausstattung, dem eingetragenen Wz. und den Kennzeichen nach § 16 UWG. gleichmäßig gewährt. Hieraus folgte die grundsätzliche Gleichwertigkeit eines auf wettbewerbrechtlicher Grundlage erworbenen Zeichenrechts (Besitzstand) mit einem eingetragenen Wz. Zwar gewährt das WzG. einen Schadenersatzanspruch nicht nur bei wissentlicher, sondern auch bei grob fahrlässiger Verletzung des eingetragenen Wz., während ein solcher bei Verletzung der durch § 15 WzG. geschützten Bezeich-

---

[1]) Vgl. hierzu Paul Meyer S. 21 ff.

[2]) Zu diesem Begriff der Ausstattung vgl. bei Hagens S. 248/49 Anm. 9 zu § 15 WzG. und Seligsohn Anm. 10 zu § 1 WzG., Elster S. 369; ferner: Entwurf eines WzG. 1913, § 34.

[3]) „Verkehrsgeltung" als „Rechtsgut" im Sinne von RGZ. 116, 151: KG. in MuW. 30, 492 ff. — „Ausstattungsbesitz" als Rechtsgut: RG. in JW. 28, 2082 und in MuW. 30, 240 (242). Vgl. auch Hagens: „Warenzeichen- und Ausstattungsbesitz" in MuW. 27/28, 561 ff. Seligsohn § 15 WzG. Anm. 3, ferner RG. in MuW. 31, 149 ff. und MuW. 31, 91. — Rosenthal § 1 UWG. Anm. 74.

nungen noch nicht bei grober Fahrlässigkeit, sondern erst bei vorsätzlicher Verletzung gegeben ist. Aber das Hauptgewicht liegt bei einem Vergleich beider Zeichenarten in der Gleichstellung hinsichtlich des negatorischen Rechtsschutzes. Diesen gewährt die Rechtsprechung jetzt beiden in gleicher Weise. Der unwesentliche Unterschied bei den Voraussetzungen des Schadenersatzanspruches kann der Annahme einer Gleichwertigkeit nicht entgegenstehen.

Die geschilderte Weiterentwicklung des Rechts der Warenbezeichnungen hatte aber noch die weitere wesentliche Folge, daß nun das Registersystem des WzG. zugunsten des Ausstattungsbesitzes durchbrochen wurde. Im Verhältnis vom eingetragenen Wz. zur Ausstattung gilt, soweit letztere den Besitzstand an einer nicht eingetragenen, aber eintragungsfähigen Warenbezeichnung umfaßt, jetzt ebenfalls der Grundsatz der Priorität, da bereits die Anmeldung zur Eintragung eines Wz., an welchem sich schon ein anderer Mitbewerber einen Besitzstand im Verkehr geschaffen hat, einen rechtswidrigen Eingriff in diesen Besitzstand bildet [1]).

Nach dem heute geltenden Recht der Warenbezeichnungen hat also das Register für den Erwerb eines im vollen Umfange geschützten Rechts nicht mehr die frühere Monopolstellung; die Eintragung in die Warenzeichenrolle ermöglicht nur noch einen Wettbewerb im „wettbewerbrechtlich freien Raum“ [2]). Dieses Ergebnis der Rechtsprechung entspricht übrigens auch dem Rechtszustand, den das Deutsche Reich sich durch den Pariser Unionsvertrag in der Haager Fassung von 1925 herzustellen verpflichtete. Artikel 6 bis besagt, daß die Eintragung einer „Handels- oder Fabrikmarke“ abzulehnen ist, wenn sie sich als identisch oder verwechslungsfähig mit einer notorisch bekannten Marke darstellt, die von einem Angehörigen der vertragschließenden Länder benutzt wird. Unter diesen Begriff der „Marke“ fallen die nicht eingetragenen Warenbezeichnungen [3]).

Mit der Beseitigung der Monopolstellung des Registers für den Erwerb von Wz.-Rechten mußte sich auch die bisherige Regelung der immer wieder auftauchenden Kollisionsfälle zwischen der warenzeichen- und wettbewerbrechtlichen Ordnung, den beiden Grundlagen für den Erwerb von Warenzeichnungsrechten, ändern.

Daß sich solche Kollisionsfälle immer wieder ergeben, folgt aus

[1]) Vgl. Reimer: Wichtige Interessenausgleichsfragen im Patent und Warenzeichenrecht und ihre Behandlung durch die Rechtsprechung in GRUR. 31, 447 ff. (468) RG. in MuW. 27/28, 451 = RGZ. 120, 325 f.; RG. in MuW. 30, 557 (559).

[2]) Ulmer S. 72.

[3]) Hagens S. 358/59.

der Verschiedenartigkeit des Rechtserwerbs in den beiden Rechtsordnungen.

Kohler hat diese Fälle bereits vorausgesehen und ausführlich behandelt [1]). Er mußte sie noch unter dem Gesichtspunkt eines strikten Registersystems zu lösen suchen, so daß er dementsprechend zu einem Ergebnis von „unbestreitbarer Härte" kam. Nach Kohler konnte sich der Inhaber eines Besitzstandes an einem nicht eingetragenen Zeichen gegen einen jüngeren eingetragenen Zeicheninhaber nur in dem einzigen Falle durchsetzen, daß die Eintragung des Zeichens in der Absicht, dessen Verwechslungsfähigkeit für sich auszunutzen, erwirkt wurde [2]). Daß aber ein eingetragenes Zeichen durch die Entstehung eines späteren Besitzstandes an einer mit ihm verwechslungsfähigen Bezeichnung eingeschränkt werden könnte, mußte ihm unmöglich erscheinen [3]).

Nach der neueren Rechtsentwicklung, die die Gleichwertigkeit des Rechtserwerbs auf der Grundlage des Wettbewerbsrechts mit dem auf warenzeichenrechtlicher Grundlage anerkannt hat, ergab sich aber eine von der früheren völlig verschiedene Interessenlage. Es mußte daher die berechtigte Frage nach dem Einfluß der Entwicklung auf die erwähnten Kollisionsfälle auftauchen; die Kardinalfrage lautete: Kann es jetzt Ausnahmen von dem auch im Verhältnis der beiden Rechtserwerbsgrundlagen zueinander geltenden Prioritätsgrundsatz geben, d. h. können unter Umständen Rechte an einer Warenbezeichnung erworben werden, obwohl bereits einer ältere gleiche oder verwechslungsfähige Warenbezeichnung für einen anderen besteht? Diese Frage taucht zunächst im Verhältnis von einem älteren Wz.-Recht zu einer jüngeren nicht eingetragenen, aber Verkehrsgeltung besitzenden Warenbezeichnung auf. Dennoch bleibt sie nicht auf diesen Fall beschränkt. Sie ist ebenso für alle die Fälle zu stellen, in denen trotz Bestehens einer älteren Warenbezeichnung, gleichviel ob sie ein eingetragenes Wz. ist oder nicht, sich ein anderer Wettbewerber einen Besitzstand an einem gleichen oder mit dem älteren verwechslungsfähigen „Kennzeichen" [4]) geschaffen hat. Es ist immer dieselbe Problemstellung: Sind Ausnahmen von dem Prioritätsgrundsatz möglich? Der Weg zur Lösung dieses Fragenkomplexes ist die im folgenden näher zu schildernde Entwicklung der Verwirkungsrechtsprechung gewesen.

---

[1]) Kohler: Markenschutz S. 251 ff.
[2]) a. a. O. § 6 S. 262.
[3]) a. a. O. § 7 S. 266.
[4]) Vgl. die Einleitung für den Inhalt dieses Oberbegriffes: „Kennzeichen".

c) Die eigentliche Verwirkungsrechtsprechung

Als Anfang der Entwicklung [1]) ist die bekannte Goldina-Entscheidung anzusehen [2]). Wenn sie, ebenso wie auch noch spätere Entscheidungen, noch nicht das Wort „Verwirkung" in ihrer Begründung verwendet, so gehört sie doch bereits wegen ihres sachlichen Gehaltes zur „Verwirkungsrechtsprechung".

Für die Klägerin war seit dem Jahre 1906 das Vorratszeichen „Goldina" für ihre Produkte in die Warenzeichenrolle eingetragen. Bis zur Klageerhebung im Jahre 1923 hatte sie es nicht in Gebrauch genommen. Die Beklagte hatte das Wort „Goldina" durch jahrelange Arbeit zum Kenn- und Schlagwort ihres Unternehmens im Verkehr gemacht und es erst im Jahre 1921 eintragen lassen, nachdem es bereits als Zeichen ihres Geschäfts zur Verkehrsgeltung gelangt war. Das Wz. der Klägerin war also nach dem Grundsatz der Priorität das besser berechtigte. Trotzdem wurde ihre Klage auf Löschung für unbegründet erachtet und sogar der Widerklage auf Löschung des Zeichens der Klägerin stattgegeben. Das RG. erklärte, die Klägerin verstoße mit ihrer Klage gegen die guten Sitten, wenn sie nunmehr, nachdem sie solange mit ihrer Rechtsverfolgung gewartet habe, bis das Wort „Goldina" als Zeichen des Unternehmens der Beklagten Verkehrsgeltung erlangt habe, Unterlassung der Führung des Zeichens der Beklagten verlange. Die Klägerin habe während der ganzen Zeit vor der Klageerhebung ihr Zeichen nicht benutzt und somit auch nichts dazu getan, die Entwicklung des Zeichens „Goldina" im Betriebe der Beklagten zu verhindern. Eine Verurteilung nach dem Klageantrage würde aber, wie das RG. fortfährt, den Erfolg haben, daß die Früchte des Schaffens der Beklagten der Klägerin zufallen würden.

Ebenso wie der Inhaber eines unbenutzten Vorratszeichens durch langes Zuwarten mit seiner Rechtsverfolgung in Kenntnis des jüngeren Zeichens das Recht verliert, die Führung des jüngeren Zeichens zu untersagen, kann auch der Inhaber eines älteren (unbenutzten) Defensivzeichens seines Unterlassungsanspruchs gegenüber dem jüngeren Zeicheninhaber verlustig gehen, der sein Zeichen zur Anerkennung im Verkehr gebracht hat. So hat das RG. im Falle „Grammofox" — Vox" entschieden [3]).

In den angeführten Entscheidungen zeigte sich ein Gegensatz zwischen Rechtsstand und Besitzstand. Das RG. nannte ihn einen Gegensatz zwischen „formalem Recht" und „Recht höherer Ord-

[1]) Vgl. die Übersicht bei Reimer in GRUR. 32, 345 ff.
[2]) RGZ. 111, 192 = JW. 25, 2453 f.
[3]) RG. 114, 360 f. = JW. 27, 108.

nung". Die Eintragung in die Warenzeichenrolle sei ein formales Recht nach dem WzG.; dies dürfe aber nur in den Grenzen, die das Wettbewerbsrecht, das Recht höherer Ordnung, setze, ausgeübt werden. Diese später allgemein verfehlt bezeichnete Ausdrucksweise des RG.[1]) sollte besagen, daß das RG. auf Grund der von ihm vorgenommenen Interessenabwägung, welche nicht mehr mit der des Gesetzgebers übereinstimmt, das im WzG. verankerte Registersystem mit seiner Geringerbewertung der nicht eingetragenen, aber Verkehrsgeltung besitzenden Warenbezeichnung verwirft. Vor allem wird damit „die Sonderstellung" [2]) des WzG. aufgegeben. Das WzG. soll danach nur noch als Bestandteil eines einheitlichen Wettbewerbsrechts aufzufassen sein. Jede Vorschrift des WzG. könne nur in Übereinstimmung mit den Vorschriften des UWG., d. h. mit den guten Sitten des lauteren Wettbewerbs angewandt werden. Es wurde also mit der stärkeren Bewertung des wettbewerbrechtlichen Besitzstandes, des Tatbestandsmerkmals für den Schutz einer nicht eingetragenen Warenbezeichnung, anerkannt, daß die jüngere, verwechslungsfähige, nicht eingetragene Warenbezeichnung gegenüber dem älteren Wz. bestehen bleiben könne.

Nach diesen Entscheidungen erkannte das RG. bereits in „ständiger Rechtsprechung", daß „mit der Erhebung der Klage nicht gewartet werden dürfe, bis die Firmenbezeichnung und das Wz. des Konkurrenten, der vom Vorhandensein eines älteren, verwechslungsfähigen Zeichens der Gegenseite nichts wußte, im Verkehr sich eingebürgert und der Konkurrent seinen Betrieb auf sein Wz. eingestellt hat, so daß ihm aus dem langen Warten des Gegners mit der Klageerhebung eine schwere Benachteiligung erwächst". In diesem Satze, der aus der „Ritterwerk-Entscheidung" [3]) stammt, wird eine weitere Voraussetzung für die Entscheidung dieser zeichenrechtlichen Tatbestände deutlich: Das RG. verlangt, daß der jüngere Konkurrent von der Existenz des älteren Zeichens, in das er eingreift, nichts gewußt habe. Denn: „Aus dem bloßen Nichteinschreiten des Klägers gegen den unlauteren Wettbewerb des Beklagten kann der Beklagte Rechte dahin, daß er den unlauteren Wettbewerb weiterbetreiben dürfe, nicht herleiten" [4]).

[1]) Vgl. Gottschalk GRUR. 30, 1; Ulmer S. 67/68.

[2]) Callmann S. 44; Rosenthal § 16 UWG. Anm. 121; gegen den in der Vorschrift des § 16 Abs. 3 Satz 2 enthaltenen „systemlosen Formalismus" Kohler: Unlauterer Wettbewerb S. 133.

[3]) RG. in JW. 28, 2080.

[4]) Dieser Grundsatz wird bereits vom RG. in GRUR. 19, 71 und RGZ. 111, 67 vertreten.

Ein weiterer Schritt in der Entwicklung der Verwirkungsrechtsprechung war die „Gazella-Entscheidung". Hier wies das RG.[1]) die 1927 erhobene Unterlassungsklage des Inhabers des aus dem Jahre 1913 stammenden benutzten Wz. „Gazella" gegen den Beklagten, der im Jahre 1914 seine Firma „Korsetthaus Gazelle Ferdinand I." in Benutzung genommen und in den beteiligten Verkehrskreisen als Kennzeichen seines Geschäfts zur Geltung gebracht hatte, mit folgender Begründung ab: Die Klägerin verstoße gegen die guten Sitten, wenn sie, nachdem sie bereits im Jahre 1915 Kenntnis von der Benutzung des Firmenschlagworts „Gazelle" durch den Beklagten erlangt hatte, erst nach elfjähriger unbeanstandeter Duldung der Benutzung des Wortes „Gazelle" diese jetzt unter Berufung auf ihr älteres Zeichenrecht verhindern wolle. Ein Verstoß gegen die guten Sitten liege vor, wenn ein Zeicheninhaber während langer Zeit, unter Umständen Jahre hindurch, nichts dagegen unternommen habe, daß ein anderer seine im „guten Glauben" [2]) angenommene und in Benutzung genommene Firmenbezeichnung unter Aufwand von Mühe und Kosten im Verkehr zur Geltung brachte, und nun erst mit dem Anspruch auf Löschung und Unterlassung der Benutzung des verwechslungsfähigen Firmenbestandteils an ihn herantrete. Diese Grundsätze sollen immer zutreffen, unabhängig davon, ob der Kläger sein Zeichen gebraucht oder nicht gebraucht habe. Voraussetzung sei vor allem die Gutgläubigkeit des Beklagten.

Schließlich hat das RG. in dem Leykauf-Urteil [3]) die Grundsätze seiner ständigen Rechtsprechung auch auf solche Fälle für anwendbar erklärt, in denen der Inhaber einer Verkehrsgeltung besitzenden Firmenbezeichnung gegen den jüngeren Benutzer des gleichen Firmenschlagworts, der seinerseits durch langjährige Arbeit seiner Bezeichnung Anerkennung im Verkehr geschaffen hat, eine Klage auf Unterlassung der Firmenführung erhebt. Hier bestand die ältere Stahlwarenfirma Georg Leykauf seit 1864, das jüngere Stahlwarengeschäft Leonhard Leykauf seit 1882; beide betrieben zur Zeit der Klageerhebung (1927) den Handel mit denselben Waren in derselben Stadt. In diesem Falle ist die Priorität des älteren Firmeninhabers das „formale Recht" im Sinne der ersten Entscheidungen, das sich

[1]) GRUR. 29, 493 = MuW. 29, 166.

[2]) Hier wird der Begriff der Gutgläubigkeit nicht so, wie er technisch im Zivilrecht verwendet wird, zugrunde gelegt, sondern entsprechend den wettbewerbrechtlichen Tatbeständen als „Lauterkeit" aufgefaßt. Der Verletzte muß sich also einen Besitzstand geschaffen haben, ohne dabei unlauteren Wettbewerb zu begehen. Zum Begriffe der Lauterkeit im Sinne des § 1 UWG. vgl. Reimer MuW. 29, 208.

[3]) GRUR. 29, 1216 = MuW. 29, 549.

dem jüngeren Rechte gegenüber nicht mehr durchsetzen kann, weil sonst eine „Entrechtung des jüngeren befugt zustande gekommenen Besitzstandes" stattfinden würde. Der gerechte Interessenausgleich verlangt, daß der jüngere Besitzstand als wertvoller Vermögensbestandteil [1]) erhalten bleibe. Seine Zerstörung erscheint durch das berechtigte Interesse des älteren Firmeninhabers nicht gerechtfertigt.

Der Inhaber der älteren Firma muß sich also mit dem Weiterbestehen der jüngeren verwechslungsfähigen Bezeichnung abfinden.

Mit diesen Entscheidungen war nunmehr eine feste Grundlage für die eigentliche „Verwirkungsrechtsprechung" geschaffen. Das RG. verwendete aber erst seit seiner Entscheidung in RGZ. 127, 321 den Ausdruck „Verwirkung" zur Charakterisierung seiner seit langem stetigen Rechtsprechung. In dieser Entscheidung wird die Rechtsentwicklung wieder um einen Schritt weitergeführt: Während nämlich bisher für die Verwirkungsentscheidung vom RG. gefordert worden war, daß der jüngere Zeichenbenutzer seine Bezeichnung in gutem Glauben angenommen habe, wird nunmehr ständig das Merkmal der Gutgläubigkeit auch dann als vorliegend angesehen, wenn die Zeichenbenutzung zwar zunächst unlauter geschah, aus ihr aber allmählich infolge der Duldung des Verletzten eine gutgläubige (lautere) Benutzung wurde. Besonders klar bringt das RG. diese Anschauung in der Entscheidung „Rheinblümchen" [2]) zum Ausdruck: Dort heißt es: „Aber auch wenn die Beklagte anfangs mit der Möglichkeit rechnete, daß ein Eingriff in das klägerische Zeichenrecht vorliege, und dies auf die gegen die guten Sitten verstoßende Absicht der Beklagten, der Klägerin unlautere Konkurrenz zu machen, schließen läßt, so unterlag das Recht der Klägerin, dagegen einzuschreiten, doch der Verwirkung, denn nach der neueren Rechtsprechung des Senats ist trotz einer ursprünglich sittenwidrigen Wettbewerbshandlung des einen Teiles dem Verletzten unter Umständen ein Einschreiten zu verwehren, wenn der Verletzte den ihm bekannten[3]) Verstoß lange Zeit hindurch

---

[1]) Ausgangspunkt der Entscheidung ist die „schutzwürdige Rechtsstellung des wettbewerbrechtlichen Besitzstandes", der für den Verletzer wertvoll sein muß: RG. in MuW. 30, 340 = JW. 31, 466 und in MuW. 31, 495 (497).

[2]) RG. in JW. 31, 1901 = MuW. 31, 369.

[3]) In den bisher entschiedenen Fällen handelt es sich immer um ein Dulden, das in Kenntnis bzw. grob fahrlässiger Unkenntnis der Verletzungen geschah (vgl. Reimer JW. 28, 2064 und RG. 127, 321). Daß das RG. auch schon eine Duldung in leicht fahrlässiger Unkenntnis als schuldhafte Untätigkeit des Klägers angesehen hat, läßt sich der Entscheidung MuW. 27/28, 456 nicht entnehmen. a. M. Callmann § 1 UWG. Anm. 44, gegen ihn Gottschalk GRUR. 30, 5.

widerspruchslos geduldet, dadurch einen für den Gegner wertvollen Besitzstand hat zur Entstehung gelangen lassen, und der Gegner aus dem Verhalten des Verletzten auf dessen Einverständnis und damit auf die Zulässigkeit seines eigenen Tuns zu schließen berechtigt gewesen ist. (Vgl. RG. 127, 321.)"

In diesem Zusammenhang sind die folgenden Sätze der Gargoyle-Entscheidung [1]) bemerkenswert: „Da die Klägerin das ihr seit langen Jahren bekannte verwechslungsfähige Zeichen des Gegners nicht beanstandet hat, so hat sie selbst durch ihr Verhalten die Voraussetzung dafür schaffen helfen, daß das Zeichen der Beklagten Verkehrsgeltung erlangen konnte. Die Klägerin verstößt gegen Treu und Glauben, wenn sie plötzlich den Gebrauch des Zeichens der Beklagten verwehren und den von ihr selbst sozusagen legalisierten Besitzstand angreifen und zerstören will."

Die Versuchung, das wirkungsvolle und eingeführte Zeichen des Konkurrenten für eigene Zwecke auszubeuten, ist im Wettbewerb sehr häufig gegeben.

Es kommen daher weit mehr Fälle unlauterer Ingebrauchnahme eines einem älteren gleichen oder mit ihm verwechslungsfähigen Zeichens vor, als Fälle, bei denen der Zeichenbenutzer völlig in Unkenntnis über das Bestehen einer älteren entgegenstehenden Bezeichnung gewesen ist. Die letzteren Fälle sind dann besonders unwahrscheinlich, wenn es sich um Wettbewerber desselben Wirtschaftszweiges handelt. Die zuletzt aufgeführten, eigentlichen Verwirkungsentscheidungen sind also praktisch auch deshalb höchst bedeutsam, weil sie zeigen, daß aus unlauterem Wettbewerb unter Umständen ein lauterer werden kann, wenn dagegen nicht rechtzeitig eingeschritten wird.

Das Verhalten des Verletzten ist jetzt also in zweifacher Hinsicht für die Verwirkungsentscheidung bemerkenswert:

Einmal sagt das RG., der Verletzte gebe durch sein Verhalten dem Verletzer Zeit, seinen Betrieb unter der nicht von dem Verletzten beanstandeten Bezeichnung auszubauen, oder, wie es in MuW. 30, 572 heißt, „durch den ungestörten Gebrauch des Zeichens im Verkehr" erwachse ein wertvoller Besitzstand für den Verletzer [2]).

Andererseits setzt das RG. das Verhalten des Verletzten zu dem Moment der Lauterkeit des Verletzers in Beziehung, indem das untätige Verhalten des Verletzten dazu führen kann, daß aus dem anfangs unlauteren Verletzer ein lauterer werde, d. h. „wenn der Verletzer aus dem Verhalten des Verletzten auf dessen Einverständnis

[1]) RG. in GRUR. 30, 1203 = MuG. 30, 560.
[2]) Vgl. RG. in MuW. 30, 440 = GRUR. 30, 975.

und damit auf die Zulässigkeit seines eigenen Tuns zu schließen berechtigt gewesen ist“ [1]). Diese „Verwandlung“ [2]) eines anfangs unlauteren Handelns in ein lauteres ist also eine Erscheinungsform des subjektiven Tatbestandes beim Verletzer für die Verwirkungsentscheidung. Sie ändert nichts daran, daß das RG. für seine Entscheidung grundsätzlich auf seiten des Verletzers Lauterkeit verlangt.

Das Ende der Entwicklung der Verwirkungsrechtsprechung zum Warenzeichen- und Wettbewerbsrecht bildet die Entscheidung RGZ. 134, 38 ff. [3]). Hier führt das RG. aus, daß der Gedanke der Verwirkung nicht auf ersitzungsähnlichen Gesichtspunkten beruhe, auch nicht auf dem Erfordernis, daß dem Kläger bei Verfolgung seines Anspruchs selbst unlauterer Wettbewerb zur Last falle, sondern „er beruht vielmehr auf dem das ganze Wettbewerbsrecht beherrschenden Grundsatz von Treu und Glauben, welcher der Rechtsverfolgung entgegensteht, wenn sie so spät erfolgt, daß der andere Teil seinen inzwischen mit Mühe und Kosten geschaffenen Besitzstand als einen vom Kläger geduldeten und erlaubten ansehen darf“. Entscheidend seien stets die Umstände des einzelnen Falles und zwar nicht auf der Seite des Klägers, sondern der des Beklagten; die Kenntnis des Klägers von der Wettbewerbshandlung sei keine notwendige Voraussetzung für die Entscheidung.

Zum lit. Urheberrecht und Patentrecht sind je eine Entscheidung des I. Zivilsenats erwähnenswert. Beide erkennen die Möglichkeit einer Verwirkung auf diesen Gebieten an, wenn sie auch in beiden vorliegenden Fällen eine Verwirkung ablehnen. Das RG. [4]) sagt anläßlich einer Klage eines Verbandes zum Schutze von Urheberrechten auf Unterlassung der Herstellung von Opernführern, die das Urheberrecht der Opernautoren verletzten, aber lange Jahre hindurch von der Beklagten ohne jede Beanstandung seitens der Verletzten hergestellt und vertrieben wurden: Langjährige Duldung eines Zustandes, der in die urheberrechtlichen Befugnisse eingreife, könne nach Treu und Glauben den Verzicht enthalten, gegen solche Eingriffe vorzugehen. Untätiges Abwarten lasse sich, wenn keine besonderen Gründe es rechtfertigen, als Einverständnis mit dem Verhalten des Gegners deuten. Denn durch Rechtsverletzungen, gegen die nicht

[1]) MuW. 31, 369 = JW. 31, 1901.
[2]) (Bereits vor dem RG. befürwortet von Becher: § 16 UWG. Anm. 35.)
[3]) GRUR. 32, 77 = MuW. 32, 10.
[4]) GRUR. 30, 982 ff. = RG. 129, 258.

eingeschritten werde, erwachse auf diese Weise ein im Wettbewerb und Verkehr wertvoller Besitzstand. Diesen nachträglich zu verbieten, könne namentlich dann als Verstoß gegen Treu und Glauben empfunden werden, wenn die beteiligten Kreise die Rechtsverletzung nicht übereinstimmend als solche beurteilen, d. h. das Bewußtsein des Verletzers, unlauter zu handeln, nicht erwiesen ist. Diese Gründe greifen aber hier nicht durch; denn die stillschweigende Duldung des Verletzten sei dadurch hinreichendbegründet, daß er die Verletzungen anfangs für unbedeutend und ein Vorgehen dawider für unlohnend habe halten können. Er habe vor allem auch voraussetzen dürfen, daß der Verletzer die Beweggründe seines derartigen Verhaltens kenne und verstehe. „Erlangen aberdurch spätere Veränderungen in Technik, Wirtschaft und Verkehrsleben die Eingriffe in das Urheberrecht größere Bedeutung, so daß es nunmehr nötig erscheint, sie abzuwehren, dann kann dem Kläger und Verletzten nicht entgegengehalten werden, seine Rechtsverfolgung verstoße, weil er vorher untätig abgewartet habe, gegen Treu und Glauben."

Der patentrechtlichen Entscheidung des RG.[1]) lag folgender Sachverhalt zugrunde: Die Klägerin war seit 1906 Inhaberin eines Patentes für Gasbrenner. Die von ihr verklagten Firmen haben jahrelang, auch schon vor Ablauf der fünfjährigen Frist für den Antrag auf Nichtigerklärung des Patents (§ 28 PatGes.), durch die von ihnen hergestellten Gasherde das klägerische Patent verletzt. Die Klage wurde aber erst um das Jahr 1927 erhoben. Die beklagten Firmen wandten ein, die Klage verstoße gegen Treu und Glauben, da sie erst jetzt Verletzungen verfolge, welche der Klägerin, ohne daß sie dagegen einschritt, bereits jahrelang bekannt gewesen seien; mindestens habe sie durch ihr Verhalten einen Verzicht auf ihr Patent zum Ausdruck gebracht. Das RG. führt aus: Es lasse sich weder allgemein ein solcher Verzicht noch eine Verwirkung eines solchen Patents annehmen; jedoch sei unter besonderen Umständen eine Einrede der Arglist möglich. Dem Kläger, der jahrelang Nachahmungen ohne einzuschreiten geduldet habe, könne entgegengehalten werden, daß er die Geltendmachung seiner Rechte wider Treu und Glauben hinausgezögert habe, um daraus einen besonderen Vorteil zu ziehen. Eine Einrede der Arglist sei dann möglich. Allerdings werde das im Hinblick auf die dreijährige Verjährung des Patentverletzungsanspruchs sehr selten sein. Im vorliegenden Falle seien die Voraussetzungen nicht gegeben.

---

[1]) MuW. 30, 371.

2. Kapitel

Was ist Verwirkung?

Für die in diesem Kapitel näher auf ihren sachlichen Gehalt zu untersuchende Verwirkungsrechtsprechung des RG. und die ihr zugrunde liegenden Tatbestände sind Beispiele im vorigen Kapitel bereits angeführt worden. Es kann sich bei den Verwirkungsfällen um folgende Fälle handeln.

1. Es besteht eine ältere unbenutzte Registereintragung und ein anderer hat sich einen wettbewerbrechtlichen Besitzstand für ein gleiches oder mit dem eingetragenen Zeichen verwechslungsfähiges Zeichen geschaffen. Sowohl in dem Falle, in dem der jüngere Zeicheninhaber selbst eingetragen war, als auch im Falle seines Besitzstandes an einer nicht eingetragenen Bezeichnung wird die Unterlassungsklage des älteren Zeicheninhabers ohne Besitzstand auf Grund des vom Beklagten erhobenen Verwirkungseinwandes abgewiesen [1]).

2. Es besteht ein älteres eingetragenes Wz., dem außerdem ein wettbewerbrechtlicher Besitzstand zur Seite steht, und ferner ein jüngeres verwechslungsfähiges eingetragenes Wz., welches ebenfalls Verkehrsgeltung erlangt hat, bzw. ein jüngeres nicht eingetragenes verwechslungsfähiges Zeichen, für welches sich der Inhaber auf lautere Weise einen Besitzstand geschaffen hat. Auch hier wird [2]) die Unterlassungsklage wegen Verwirkung abgewiesen.

3. Endlich Fälle, in denen die auf Grund der Priorität der Ingebrauchnahme von dem Inhaber der älteren Firma angestrengte, auf § 16 Abs. I gestützte Klage auf Unterlassung gegen den, der in seiner Firma denselben oder einen verwechslungsfähigen schlagwortartigen Firmenbestandteil gebraucht und daran auch einen Besitzstand erworben hat, wegen Verwirkung abgewiesen wird [3]).

Für alle diese Gruppen von Fällen ist zu prüfen, welche Rechtsfolgen sich aus der mit dem Einwand der Verwirkung erzielten Klagabweisung ergeben.

a) Die Verwirkung führt zu einem relativen Rechtsverlust

Es besteht die Möglichkeit, daß aus der Abweisung der Unterlassungsklage die Feststellung des völligen Verlusts des

[1]) RGZ. 111, 192; 114, 360. RG. in GRUR. 29, 932 = MuW. 29, 340. RG. in MuW. 27/28, 456 = JW. 28, 2088.

[2]) RG. in GRUR. 29, 493 = MuW. 29, 166; GRUR. 30, 1203 = MuW. 30, 560.

[3]) RG. in GRUR. 29, 1216 = MuW. 29, 549; GRUR. 31, 775.

klägerischen Rechts folgt. Auf eine Widerklage des beklagten Verletzers wäre dann das Zeichen in der Rolle zu löschen, sodaß der Kläger nicht mehr in der Lage wäre, noch gegen andere „Verletzer" vorzugehen.

Es ist aber auch das Ergebnis denkbar, daß die Klagabweisung nur die Feststellung enthielte, daß der gegen den beklagten Verletzer geltend gemachte Unterlassungsanspruch nicht bestehe, ohne daß aber das klägerische Recht vollkommen verloren gegangen wäre; der Kläger wäre dann noch in der Lage, gegen andere Verletzer seines Rechts mit Erfolg vorzugehen, d. h. es würde sich nur um einen „relativen" Rechtsverlust und entsprechenden Rechtserwerb handeln.

Die erste Folgerung ist in den Fällen „Goldina"[1]) und „Uhu"[2]) vom RG. gezogen worden. Es verurteilte auf die Widerklage des beklagten Verletzers hin den Kläger und Inhaber des unbenutzten älteren eingetragenen Wz. zur Einwilligung in die Löschung. Die Mehrheit der der Verwirkungsrechtsprechung des RG. zugrunde liegenden Entscheidungen gelangte dagegen zu dem anderen Ergebnis, daß der Kläger dem Beklagten die Führung seiner jüngeren verwechslungsfähigen Bezeichnung nur nicht untersagen könne. Hier ist also von einem völligen Rechtsverlust auf seiten des Klägers nicht mehr die Rede.

Man kann aber die Rechtslage, die sich auf Grund der Klageabweisung wegen Verwirkung ergibt, viel deutlicher erkennen, wenn man sie von der Seite des beklagten Verletzers aus betrachtet. Daß der Kläger infolge der Verwirkung einen Rechtsverlust in gewissem Umfange erleidet, ist unzweifelhaft. Hier lautet aber die Frage: Hat der Beklagte ein Recht erworben, und weiter: Steht ein solcher Rechtserwerb des Beklagten in direkter Beziehung zu einem, vielleicht teilweisen, Rechtsverlust des Klägers?

b) Die Verwirkung führt zu einem dem Rechtsverlust entsprechenden Rechtserwerb

Die Rechtsprechung hat sich zu diesen Fragen nicht ausdrücklich geäußert. Ein gewisses Kriterium für ihre Beantwortung bildet aber die Entscheidung des Falles, in dem ein nach § 13 UWG. klageberechtigter Verband gegen den „Verletzer" auf Unterlassung der Führung seines Zeichens klagt, nachdem bereits

[1]) RG. 111, 192.
[2]) RG. in GRUR. 29, 932 = MuW. 29, 340.

die Klage des eigentlich verletzten Zeicheninhabers gegen den Verletzer wegen Verwirkung abgewiesen worden ist. Eine solche Klage muß dem Beklagten vorwerfen, daß er mit der Benutzung seines jüngeren verwechslungsfähigen Zeichens gegen § 1 UWG. verstoße. Diesen Fall hat das RG. anläßlich einer grundlegenden Entscheidung über „Verwirkung“ [1]) theoretisch erwogen. Es erklärt hier den Beklagten für berechtigt, in einem solchen Falle die Klage mit dem Einwand, es liege infolge der Verwirkung kein Verstoß mehr gegen § 1 UWG. vor, abzuwehren [2]). Damit gibt das RG. zu erkennen, daß es unter einer Verwirkungsrechtsprechung nicht einen bloßen Verlust des klägerischen Anspruchs auf Unterlassung verstanden wissen will. Es sagt mit dieser Entscheidung zugleich, daß der Beklagte nicht nur dem Verletzten gegenüber, sondern auch gegenüber allen anderen Wettbewerben ein unanfechtbares Recht auf Führung seiner Warenbezeichnung erworben habe. Damit wird zugleich die Möglichkeit eines auf wettbewerbrechtlicher Grundlage erfolgenden Rechtserwerbs anerkannt, der sich trotz Bestehens eines älteren, für einen anderen eingetragenen Wz. vollziehen kann.

Die Richtigkeit der Annahme eines solchen in ältere bestehende Rechte eingreifenden Rechtserwerbs bestätigen besonders die Entscheidungen des RG., die auf Grund der Feststellung einer Verwirkung aussprechen, daß neben einer älteren Waren- und Firmenbezeichnung eine jüngere mit ihr verwechslungsfähige Bezeichnung, die Verkehrsgeltung besitzt, bestehen bleiben könne, obwohl bei Anwendung des Grundsatzes der Priorität die jüngere zu weichen hätte [3]).

Der jetzt von der Rechtsprechung anerkannte Rechtserwerb ist aber auch eine notwendige Folgerung aus der von der Rechtsprechung zugrunde gelegten Auffassung von einem einheitlichen Wettbewerbsrecht, nach der das Warenzeichenrecht einen Bestandteil des letzteren bildet. Denn diese Rechtsprechung beruht auf der gemäß § 1 UWG. vorgenommenen Interessenabwägung, nach welcher um der Erhaltung eines wertvollen wettbewerbrechtlichen Besitzstandes willen, der auf lautere Weise geschaffen wurde, eine folgerichtige Durchführung des Registersystems und des Prinzips der Priorität zurücktreten muß. Infolgedessen hat die Rechtsprechung den Erwerb auf wettbewerbrechtlicher Grundlage dem Erwerbe durch Eintragung in das

---

[1]) RGZ. 127, 321.

[2]) (Vgl. hierzu Baumbach in MuW. 31, 7; Reimer in GRUR. 31, 467; Finger in MuW. 31, 304; A. M. Rosenthal LZ. 30, 1218.)

[3]) Vgl. RG. in GRUR. 29, 1216 = MuW. 29, 549.

Register gegenüber als gleichwertig angesehen, deshalb hat sie beim Rechtserwerb im wettbewerbsfreien Raum im Verhältnis von Warenbezeichnung mit Verkehrsgeltung zu eingetragenem Wz. den Grundsatz der Priorität zur Anwendung gebracht, d. h. sie hat in dem Bestehen eines Besitzstandes ein Eintragungshindernis gesehen; deshalb endlich muß die Rechtsprechung auch in den zwischen eingetragenem Wz. und uneingetragener Bezeichnung mit Verkehrsgeltung auftretenden Kollisionsfällen den ohne Verstoß gegen das Wettbewerbsrecht zustande gekommenen wettbewerbrechtlichen Besitzstand als rechtsbeständig ansehen und schützen, trotzdem seine Entstehung infolge der Benutzung einer mit der älteren verwechslungsfähigen Warenbezeichnung unter dauernder Verletzung des älteren Rechts vor sich gegangen ist.

Es spricht endlich auch folgende Erwägung dafür, daß es sich bei der Verwirkung um Anerkenung eines in den Bereich des älteren Rechts eingreifenden Rechtserwerbs handelt; eigentlich läge doch in der Benutzung des jüngeren verwechslungsfähigen Zeichens eine dauernde Verletzung des älteren Rechts. Jeder Akt der Benutzung wäre ein neuer Eingriff in das ältere Recht, der einen Anspruch auf Unterlassung erzeugte und jedesmal den Lauf einer neuen Verjährungsfrist beginnen ließe [1]). Demnach dürfte die lange Zeit, über die sich die Verletzungen erstrecken, keinen Einfluß auf den Umfang des verletzten älteren Rechts haben. Nach dem Ergebnis der Rechtsprechung ist es jedoch umgekehrt. Hier wird die Zulässigkeit der Benutzung des jüngeren Zeichens festgestellt, so daß ebensowenig von einer Rechtswidrigkeit dieser Benutzung wie von einer Verletzung des älteren Zeichens mehr gesprochen werden kann.

Hat demnach der Inhaber der jüngeren Warenbezeichnung ein vollgültiges Zeichenrecht erworben, so muß er auch in der Lage sein, anderen Wettbewerbern außer dem Inhaber der älteren, mit der seinen verwechslungsfähigen Bezeichnung Eingriffe in sein Recht zu untersagen, d. h. er muß den vollen zeichenrechtlichen Schutz dafür genießen.

Auf seiten des älteren Zeicheninhabers enthält die Feststellung einer Verwirkung durch das Gericht zweifellos die Feststellung eines Rechtsverlustes. Denn der Inhalt des älteren Rechts hat sich in diesem Falle insoweit verringert, als dem Inhaber des Zeichens nicht mehr ein Ausschlußrecht gegenüber allen Rechtsverletzungen zusteht: Er muß vielmehr eine mit der seinigen verwechslungsfähige

[1]) (Vgl. RG. in MuW. 27/28, 343 = JW. 28, 2080 („Ritterwerk") und Becher in Mitteilungen d. Verb. dt. Patentanwälte 1929, S. 33 f.)

Bezeichnung neben sich bestehen lassen. Die Frage, wie sich der infolge der Verwirkung eintretende Rechtsverlust des Verletzten zu dem von dem Inhaber der jüngeren Bezeichnung erworbenen Recht verhält, ist also dahin zu entscheiden, daß der letztere infolge des Erwerbs seines Rechts mindestens das an rechtlichen Befugnissen erworben hat, was der Inhaber des älteren Rechts an solchen Befugnissen durch die Einschränkung seines Ausschlußrechts eingebüßt hat. Der Inhaber der jüngeren Bezeichnung hat das Recht, sich gegenüber dem Unterlassungsanspruch des älteren erfolgreich zu behaupten; negativ ausgedrückt: Der Umfang der Inhaltsänderung des älteren Rechts besteht darin, daß durch die Benutzung des jüngeren Zeichens keine Unterlassungsansprüche mehr ausgelöst werden. Es handelt sich hier um eine Erscheinung, welche Ähnlichkeit mit einem „relativ unwirksamen Sachenrecht" (z. B. fiduziarische Übereignung, Übereignung entgegen einem gesetzlichen Veräußerungsverbot) besitzt [1].

Somit steht fest, daß es sich bei der Verwirkung um die Anerkennung eines in bestehende Rechte eingreifenden Rechtserwerbs auf wettbewerbrechtlicher Grundlage handelt.

Die vorangegangenen Erörterungen zeigen also, daß der Satz von Ulmer [2]: Das Register hat keine rechtserhaltende Funktion, geltendes Recht ist. Der Inhaber eines eingetragenen Zeichenrechts muß rechtzeitig gegen einen entstehenden Besitzstand einschreiten, um einen Rechtsverlust zu verhindern [3].

Es gilt kein Satz, der der grundbuchrechtlichen Vorschrift, daß eingetragene Rechte der Verjährung nicht unterliegen (§ 902 BGB.), entspräche. Die Registereintragung ist demnach hinsichtlich einer Rechtserhaltungsfunktion dem Grundbucheintrage nicht zu vergleichen. Die Eintragung im Grundbuche entspricht dem Sachbesitz bei beweglichen Sachen. Damit ist sie aber eher mit dem wettbewerbrechtlichen Besitzstand an einem Zeichen zu vergleichen, da dieser im Wettbewerbsrecht eine Stellung einnimmt, die der des Sachbesitzes ähnlich ist.

Die gleiche Pflicht der Verteidigung seines Rechts gegen das Entstehen eines jüngeren Besitzstandes hat auch der Inhaber eines nicht eingetragenen Zeichenrechts, der ebenfalls auf Grund seiner Priorität (in der Aufnahme der Bezeichnung bzw. in der Erlangung der Verkehrsgeltung für seine Bezeichnung) in der Lage ist, die Be-

---

[1]) Vgl. zu diesem Begriffe M. Wolff: Sachenrecht 1929 § 88, V S. 304.

[2]) a. a. O. S. 62.

[3]) Vgl. dazu Hagens in Ztschrft. f. d. ges. HandelsR. und KonkursR. 1930, S. 486 ff., bes. S. 488/89.

nutzung einer gleichen oder mit der seinen verwechslungsfähigen Bezeichnung als Eingriff in sein älteres Recht zu verbieten.

Zusammenfassend läßt sich sagen, daß es sich bei der Verwirkung um Fälle handelt, für deren Regelung der Grundsatz des Systems, daß das ältere Recht das bessere ist, durchbrochen wird. Das bedeutet für das eingetragene Wz., daß dieses gegenüber dem späteren eingetragenen Wz., für welches außer der Eintragung noch ein wettbewerbrechtlicher Besitzstand besteht, bzw. gegenüber einer nicht eingetragenen Warenbezeichnung mit Verkehrsgeltung insoweit zurücktreten muß, als das Weiterbestehen des jüngeren Zeichens nicht mehr verboten werden kann. Darin liegt eine Durchbrechung des im WzG. wie im UWG. verankerten Prioritätsprinzips.

Die Entstehung des jüngeren uneingetragenen Zeichenrechts, das sich ungehindert durch das ältere uneingetragene Zeichenrecht mit der früheren Verkehrsgeltung im Verkehr durchgesetzt hat, führt ebenfalls nicht zum völligen Verlust des älteren Rechts, dessen Priorität (nicht der Ingebrauchnahme, wohl aber der Erreichung der Verkehrsgeltung) durchbrochen wird, sondern immer nur zu einem Nebeneinanderbestehen mit dem älteren Recht.

Das hier ermittelte (zu einem Nebeneinanderbestehen gleicher bzw. verwechslungsfähiger Zeichen kommende) Ergebnis wird der Sachlage in weiterem Umfange gerecht als der von der früheren Rechtsprechung angewandte Notbehelf des „Leugnens der Verwechslungsgefahr“ [1]). Diesen Versuch der Lösung von Kollisionsfällen hat daher das RG. [2]) auch für verfehlt erklärt: „Es ist sicherlich ungenau, wenn bisher bei langjährigem Nebeneinanderbestehen von Firmen (und ähnlich bei Warenzeichen § 20 WzG.) gesagt wurde, daß durch diese Tatsache die Verwechslungsgefahr beseitigt worden sei.“ „Objektiv besteht eine solche Gefahr bei den Firmen der Prozeßparteien jetzt ebenso wie bei Ingebrauchnahme der jüngeren Firmenbezeichnung vor 23 Jahren.“

Zu einem völligen Rechtsverlust bei einem unbenutzten Warenzeichen darf es nach dem dargelegten Inhalt der Verwirkungsrechtsprechung nicht mehr kommen (wie z. B. noch in den älteren Urteilen Goldina und Uhu), da niemals ein Erwerb des älteren Zeichens durch den jüngeren Zeichenbenutzer stattfindet, sondern immer nur ein „relativer Rechtsverlust“ und entsprechender Erwerb eines Rechts [3]). Auch das unbenutzte

[1]) Vgl. Ulmer S. 31; J. L. Seligsohn in GRUR. 30, 93 auf S. 95/96.
[2]) GRUR. 29, 1216 = MuW. 29, 549.
[3]) (Insoweit richtiges Ergebnis bei Callmann § 1 UWG. Anm. 44.)

Warenzeichen muß nach wie vor Wirkungen nach dritter Seite hin äußern können, z. B. gegen die Eintragung eines gleichen oder verwechslungsfähigen Wz. oder aber auch gegen die Ingebrauchnahme einer solchen nicht eingetragenen Warenbezeichnung.[1])

3. Kapitel
Systematische Einordnung

Bei der Verwirkung handelt es sich, wie die Rechtsprechung immer wieder betont, nicht um ein besonderes Rechtsinstitut[2]). Es ist daher zu prüfen, mit welcher Rechtsgattung der Verwirkungsbegriff Ähnlichkeit besitzt, um dann entsprechende Vorschriften des geltenden Rechts auf die für die Verwirkung in Betracht kommenden Tatbestände anwenden zu können. Zugleich bedarf es der Abgrenzung von verwandten Kategorien.

1. Verjährung und Befristung

Im Zivilrecht erlangt der Zeitablauf insbesondere auf Grund des Verjährungsinstituts (§§ 194 ff. BGB.) rechtlich anerkannte Wirkung. Das Recht, von einem anderen ein Tun oder Unterlassen zu verlangen, unterliegt der Verjährung (Anspruchsverjährung). Nach dem Ablauf einer bestimmten Zeit soll der Berechtigte nicht mehr befugt sein, sein Recht geltend zu machen. Der andere Teil dagegen erhält ein Leistungsverweigerungsrecht. Die Verjährung gewährt also eine Einrede, die sich gegen den Anspruch richtet. Der bloße Zeitablauf schließt die erfolgreiche Geltendmachung des Rechts aus. Auf den materiellen Gehalt des verjährten Rechts wird bei dieser Regelung nicht eingegangen und auch aus ihm nicht das Recht zur Leistungsverweigerung hergeleitet. Die Grundlage der Verjährung ist vielmehr die tatsächliche Nichtausübung des Rechts während der Verjährungsfrist[3]).

Ebenso wie bei der Verjährung kommt bei der Befristung von Rechten lediglich dem Zeitablauf zerstörende Wirkung zu: Die Nichtausübung binnen einer bestimmten Frist hat den Verlust des Rechts, seinen Ausschluß zur Folge. Es kommen hierfür die in vielen Gesetzesbestimmungen angeordneten Ausschlußfristen in Betracht, wie z. B. §§ 503, 510 BGB. (Ausübung des Wiederkaufs- und Vorkaufsrechts), §§ 861, 862 BGB. (Ansprüche gegen Besitzstörung und

[1]) Denn der Fall der Verwirkung ist nicht gleichbedeutend mit dem der Erlangung der Freizeicheneigenschaft.

[2]) RG. in MuW. 30, 302 = GRUR. 30, 537; MuW. 29, 549; Finger in MuW. 31, 303.

[3]) Zum Unterschied Verjährung — Verwirkung vgl. auch Unterholzner S. 4.

Besitzentziehung durch verbotene Eigenmacht), § 1974 BGB. (Frist zur Anmeldung der Forderungen des Nachlaßgläubigers beim Erben), § 28 Abs. 3 Patentgesetz (Frist zur Stellung des Antrages auf Nichtigerklärung des Patents).

Darin, daß die beiden aufgeführten Rechtsinstitute allein den Zeitablauf zur Grundlage für die durch sie geschaffenen Rechtsfolgen haben, liegt auch schon der Unterschied zur Verwirkung. Die Rechtsprechung stellt ständig fest, daß dem Zeitablauf allein bei der Verwirkung keine rechtsvernichtende Kraft zukomme [1]). Wie oben bereits dargelegt, müssen noch eine Reihe anderer Voraussetzungen für die Feststellung der Verwirkung erfüllt sein.

Wenn die aufgeführten Fälle gesetzlicher Ausschlußfristen auch von Endemann [2]) als „Verwirkung" bezeichnet werden, so haben sie jedenfalls mit dem den Gegenstand der Untersuchung bildenden Verwirkungsbegriff im gewerblichen Rechtsschutz nur das Merkmal langen Zeitablaufs gemeinsam.

2. Andere gesetzliche Verwirkungsvorschriften

Mit dem hier erörterten Verwirkungsbegriff haben die Fälle, die von Enneccerus [3]) als Verwirkung bezeichnet werden, nämlich die Tatbestände der §§ 1565 (Verwirkung des Rechts auf Ehescheidung), 1680 (Verwirkung der elterlichen Gewalt) BGB. ebenfalls nichts zu tun, da sie sich als strafähnliche Folgen begangener Delikte darstellen.

Endlich müssen ausscheiden die „Verwirkung" einer Vertragsstrafe — §§ 339 ff. BGB. — weil hier das Wort „Verwirkung" dasselbe wie „Fälligwerden" bedeutet — und die Verwirkungsabrede (kassatorische Klausel), die Abrede, daß bei nicht fristgerechter Leistung die Rechte des Verpflichteten ohne weiteres erlöschen. Letztere Klausel beruht auch auf dem reinen Zeitablauf und es gelten daher ihr gegenüber die schon oben angegebenen Gründe.

3. Verwirkungsrechtsprechung zum BGB., HGB. und Aufwertungsrecht

Es bedarf ferner einer Abgrenzung von dem Verwirkungsbegriff, den die Rechtsprechung auf anderen Gebieten des Zivilrechts, insbesondere auch auf dem Gebiet der sog. freien Aufwertung anwendet.

---

[1]) RG. in MuW. 31, 96; GRUR. 30, 537 = MuW. 30, 302. Zustimmend Finger in MuW. 31, 306 und Reimer in GRUR. 31, 465.

[2]) DJZ. 28, 691.

[3]) I, 1, § 128 III, 4c.

Zu den aus den §§ 325, 326 BGB. fließenden Rechten des einen Vertragsteiles bei Verzug des anderen führt das RG. aus: Der Verkäufer ist jederzeit nach Verzug des Käufers zur Erklärung gemäß § 326 Abs. 1 BGB. befugt. Er darf nur damit nicht solange warten, daß darin ein Verstoß gegen Treu und Glauben, also ein illoyales Verhalten zu erblicken ist [1]).

Das Rücktrittsrecht aus §§ 325, 326, 346 ff BGB. ist nicht gesetzlich befristet. Treu und Glauben und die Verkehrsauffassung jedenfalls im kaufmännischen Geschäftsleben erfordern aber Geltendmachung in angemessener Frist. Warten Jahr und Tag bedeutet Verzicht [2]).

Kriegsklausel bei Kauf, 346 HGB.: Sagt sich der Käufer ohne Grund vom Vertrage los, so darf der Verkäufer regelmäßig eine solche Erklärung als nicht abgegeben betrachten. Es besteht zwar keine bestimmte Frist für die Geltendmachung seiner Rechte auf Abnahme. Aber die besonderen Umstände des Falles können dies ändern. Der lieferungsberechtigte Verkäufer kann den Anspruch dann jedenfalls nicht mehr geltend machen, wenn er in einer mit den Anforderungen von Treu und Glauben unvereinbaren Weise den Erfüllung verweigernden Käufer im Ungewissen darüber gelassen hat, ob noch Vertragserfüllung verlangt werde. „Handelt der Schweigende den Anforderungen von Treu und Glauben zuwider, so kann nur die Verwirkung“ seiner vertraglichen Rechte auf Abnahme in Betracht kommen [3]).

Ebenfalls auf der Anwendung der Grundsätze von Treu und Glauben gemäß § 242 RGB. beruht die Anwendung des Verwirkungsbegriffs im Aufwertungsrecht.

Das RG. führt in den hierzu ergangenen Entscheidungen seinen Grundsatz an, daß niemand mit der Verfolgung seiner Rechte solange warten dürfe, daß darin ein Verstoß gegen Treu und Glauben zu finden sei; besonders betont habe es diesen Grundsatz dann, wenn außergewöhnliche Verhältnisse einem der Beteiligten einen außergewöhnlichen Rechtsbehelf gewährten. In solchen Fällen sei es als Pflicht angesehen worden, den Gegner alsbald von dem beabsichtigten Gebrauch dieses Rechtsbehelfs zu verständigen, damit dieser sich nicht auf den Nichtge-

---

[1]) RG. 60, 348.

[2]) RGZ. 107, 110.

[3]) RGZ. 88, 143, 261; RGZ. 91, 345. Grundsätzliches bringt zusammengefaßt RG. in JW. 31, 735[7].

brauch des Rechtsbehelfs einrichte und hinterher in seinen geschäftlichen Berechnungen und Maßnahmen erheblich gestört werde [1]).

Ein Gläubiger, der sich nach Erlangung sicherer Kenntnis von seinem Aufwertungsanspruch längere Zeit schweigend und untätig verhält, kann also seinen Anspruch gemäß § 242 BGB. verwirken [2]) [3]).

Die angeführten, auf § 242 BGB. fußenden Entscheidungen zeigen, daß für das RG. das Verhalten des Klägers der ausschlaggebende Geischtspunkt ist. Es wirft dem Kläger, der einen außergewöhnlichen Rechtsbehelf besitzt, vor, daß er von diesem Behelfe erst Gebrauch mache, nachdem er eine mit Treu und Glauben nicht mehr zu vereinende Zeitspanne gezögert habe. Es nimmt hier einen Interessenausgleich auf der allgemeinen Grundlage des § 242 BGB. vor und läßt diesen mit einem Rechtsverlust für den Kläger enden.

Diese mit § 242 BGB. begründete Verwirkung ist daher nichts anderes als eine Anwendungsart der exceptio doli [4]). Die übliche Begründung der Abweisung des klägerischen Forderungsrechts, dessen Geltendmachung wider Treu und Glauben verzögert worden ist, mit der vom Beklagten erhobenen Arglisteinrede würde lauten: Der Kläger kann sein Recht nicht mehr geltend machen, weil er sich jetzt durch die Klageerhebung mit seinem eigenen bisherigen Verhalten in Widerspruch setzen würde. Sein langes untätiges Verhalten brachte nach Treu und Glauben für den anderen Teil zum Ausdruck, daß er die Geltendmachung seines Rechts nicht mehr beabsichtige, so daß der Gegner sich darauf einrichten durfte. Tritt der Kläger erst jetzt mit seinem Recht hervor, so verstößt seine Handlungsweise nunmehr gegen Treu und Glauben; sie stellt ein unzulässiges venire contra factum proprium dar (vgl. Riezler S. 110 ff. Ebenso Callmann, der aber fälschlich die Verwirkung im Wettbewerbsrecht auch nur von diesem Gesichtspunkt aus betrachtet: § 1 Anm. 40 und 42)[5]).

Nach alledem besteht zwischen der wettbewerbrechtlichen und der auf anderen Gebieten angewendeten Verwirkungsrechtsprechung ein erheblicher Unterschied. Bei der letzteren folgt der

---

[1]) RGZ. 88, 146; 107, 108; Warn. 1919 Nr. 22; RGZ. 117, 358.

[2]) RGZ. 114, 404; RG. in JW. 27, 2115.

[3]) RG. in DJZ. 1930, 360: Verwirkung bei 2jährigem Warten des Gläubigers. Eine Übersicht über diese Rechtsprechung gibt Mügel in JW. 30, 1042; RG. in JW. 31, 597, 660 enthält eine Zusammenfassung der Voraussetzungen.

[4]) Für diese exceptio ist ebenfalls § 242 BGB. neben § 826 die Quelle.

[5]) Zur Verwirkungsrechtsprechung im AufwR. vgl. noch: Hamburger in LZ. 28, 1588. Heinemann in LZ. 28, 935 und Warneyer in Deut. Steuerzeitg. 28, 353.

durch die Entscheidung festgestellte Rechtsverlust allein aus dem Verhalten des Berechtigten, während bei der Verwirkung im Wettbewerbsrecht gerade der Rechtserwerb des Verletzers den Grund für den Rechtsverlust des verletzten Zeichenberechtigten bildet; das Verhalten des Verletzten wird hier dagegen nur im Zusammenhang mit diesem Rechtserwerb gewertet, aber nicht als allein ausschlaggebend angesehen. Die beiden Verwirkungsarten erscheinen nur dadurch miteinander verwandt, daß für beide neben anderen Merkmalen die während des langen Zuwartens des Klägers mit der Rechtsverfolgung verstreichende Zeit von Einfluß ist und daß die Entscheidung auf beiden Gebieten mit Hilfe allgemeiner Interessenausgleichsvorschriften wie des § 242 BGB. und des § 1 UWG. von der Rechtsprechung gefunden wird. Aber der angeführte Unterschied läßt es nicht angängig erscheinen, die bei der Verwirkungsrechtsprechung zum Aufwertungsrecht gewonnenen Grundsätze auf die Tatbestände des Wettbewerbsrechts anzuwenden [1]). Die von Finger (MuW. 31, 302 ff.) vorgenommene Zusammenstellung von Grundsätzen der Verwirkung des Aw.Rechts mit denen des Wettbewerbsrechts dient daher eher der Verwirrung als der Klärung der Begriffe.

4. Verarbeitung

Da es sich bei den Verwirkungsfällen um einen Rechtserwerb einerseits und einen Rechtsverlust auf der Gegenseite handelt, liegt der Versuch der Anwendung entsprechender sachenrechtlicher Vorschriften über gleichzeitigen Rechtserwerb und -verlust besonders nahe. Hierbei wird von der Auffassung ausgegangen, daß die analoge Anwendung gewisser Bestimmungen des Sachenrechts auf die Gegenstände des Immaterialgüterrechts grundsätzlich möglich ist [2]).

Es kommen zunächst die Vorschriften über Verarbeitung (§ 950 BGB.) in Betracht. Nach dem Vorschlag von Herzog [3]) sollen die Normen über Verarbeitung herangezogen werden, da durch die Arbeit des Inhabers der jüngeren Bezeichnung aus dem älteren Zeichen ein völlig neues Wertobjekt geschaffen werde.

Dieser Vorschlag ist jedoch nicht brauchbar. Denn es trifft schon die Behauptung nicht zu, daß aus dem älteren Zeichen ein neues geschaffen werde. Vielmehr wird unabhängig von dem älteren ein neues Zeichen geschaffen, das in das ältere be-

[1]) Für diese Abgrenzung auch Baumbach in GRUR. 30, 251.

[2]) Vgl. z. B. die Heranziehung des § 1004 BGB. zur Begründung einer negatorischen Klage aus §§ 12 WzG. u. § 4 PatGes., vgl. ferner Baumbach, Wettbewerbsrecht S. 132.

[3]) MuW. 30, 353.

stehen gebliebene eingreift. Das geschieht im Falle der Benutzung eines gleichlautenden, wie auch eines mit dem älteren nur verwechslungsfähigen Zeichens. Denn auch bei gleichlautenden Zeichen liegen immer zwei verschiedene Bezeichnungen vor: Jede ist ein Bestandteil des Geschäftsbetriebes, zu dem sie gehört und den sie als eine und dieselbe Herkunftsstätte kennzeichnet.

Die Anwendung der Vorschriften über Verarbeitung muß daher schon aus diesem Grunde scheitern.

b) In Betracht kommen dagegen die Vorschriften über Ersitzung

Es bleibt zu prüfen, ob die Vorschriften über Ersitzung heranzuziehen sind. Es bedarf also einer Feststellung der den Ersitzungsvorschriften zugrunde liegenden Gedanken und sodann eines Vergleichs mit dem bereits ermittelten materiellrechtlichen Gehalt der Verwirkungsrechtsprechung, um zu einer Entscheidung über ihre Verwertbarkeit bei den einzelnen Verwirkungsfällen zu gelangen.

Die Motive zum BGB. [1]) sprechen davon, daß die Ersitzung ebenso wie die Verjährung auf dem gemeinsamen Grundgedanken beruhe, daß gewisse tatsächliche Zustände, welche längere Zeit hindurch unangefochten bestanden haben, im Interesse des Rechtsfriedens und der Rechtssicherheit als zurecht bestehend anerkannt werden.

Rechtsgeschichtlich können die Grundgedanken der heutigen Ersitzung des BGB. von zwei Seiten her ermittelt werden. Einmal (aa) von der römisch- bzw. gemeinrechtlichen Seite her, dann (bb) auch aus einer Betrachtung des deutschen Privatrechts.

aa) Soweit das Rechtsinstitut der Ersitzung seine Grundlage im römischen Recht hat, soll zur Klarlegung der Grundgedanken die eingehende, auf Savigny aufbauende Monographie von Schirmer über „die Grundidee der usucapion" verwertet werden.

Bei Schirmer heißt es [2]): „Der Eigentumserwerb bei der Ersitzung erfolgt per continuitatem possessionis. Offenbar ist dies nur der Besitz in seiner zeitlichen Ausdehnung, dazu verhält sich dann erst die Anordnung einer Ersitzungsfrist als Modalität, entbehrt also der Selbständigkeit" als Element der Ersitzung. Der auf einen Gegenstand gerichtete subjektive Herrschaftswille müsse, um sich objektiv zu verkörpern, ausgesprochen sein. Die faktische Ausübung der gewollten Herrschaft, d. h. der Besitz, sei die entsprechende Darstellung für jenen Herrschaftswillen.

[1]) I, 288.
[2]) a. a. O. S. 40.

Eine gewisse Dauer für den Besitz sei zu fordern. Das Maß dieser Dauer zu bestimmen, sei aber Sache äußerer Willkür, höchstens der Zweckmäßigkeit [1]). Das Erfordernis der bona fides sei eine bloße Folgerung aus der Usukapionsidee: „Das Recht schützt den in die Außenwelt getretenen Willen der Rechtspersönlichkeit, sich einen Gegenstand zu unterwerfen. Es kann jedoch, wenn es sich nicht selbst widersprechen will, demselben seine Autorität nicht angedeihen lassen, der schon in seiner äußeren, sinnlichen Gestalt als unrechtlich und widerrechtlich auftritt. Der Ersitzende darf sich nicht im bewußten Gegensatze zum Recht befinden [2])."

Diese römischrechtlichen Grundgedanken des Ersitzungsbegriffs betonen also völlig die Voraussetzungen auf seiten des Ersitzenden. In dem Besitz selbst liegt der Ausgangspunkt der Betrachtung. Die Art des Verhaltens dessen, der durch die Ersitzung sein Recht verliert, fällt dabei nicht ins Gewicht. Nur ganz beiläufig findet sich bei Unterholzner [3]) die Bemerkung, daß es nicht in der Rechtsnatur der Verjährung (worunter bei ihm auch die Ersitzung als Verjährung durch fortgesetzten Besitz verstanden wird) liege, daß der vom Rechtsverlust Bedrohte von ihrem Laufe Kenntnis habe.

bb) Im Gegensatz zu der römischrechtlichen Auffassung legt die deutschrechtliche Betrachtung ihr Gewicht auf die Seite dessen, der sein Recht verliert. Hier ist es der Gedanke der Verschweigung, der den Rechtsverlust rechtfertigen soll.

Jeder, der einen ihm bekannten Zustand als unrechtmäßig anzufechten in der Lage ist, soll ihn „in rechter Frist auf rechte Weise" anfechten, wenn er sein Anfechtungsrecht nicht verlieren will. „Wer sich verschweigt innerhalb der Frist, muß für immer schweigen." Nur durch echte Not (typisch bestimmte Hinderungsgründe) wurde der Lauf der Frist gehemmt [4]).

Im römischen Recht begründet der Zeitablauf Rechtsersitzung oder Klagverjährung. Das deutsche Recht hatte die Verschweigung. Sie bringt nicht nur Klagverlust, sondern Rechtsverlust durch Unterlassung der Ausübung, insbesondere der Geltendmachung auf der einen Seite und dadurch Rechtsgewinn auf der anderen [6]).

„Verschweigung ist Verlust des Widerspruchsrechts durch Unterlassung eines Widerspruchs zu oder innerhalb bestimmter Zeit [4])."

---

[1]) a. a. O. S. 45.
[2]) a. a. O. S. 47.
[3]) II, § 153 S. 13.
[4]) Gierke I, 311; Beseler I, 358; Hübner S. 13.
[5]) Schreuer S. 61.
[6]) von Schwerin S. 85.

Wer die „rechte Widersprache“ unterläßt, muß für die Folgezeit ebenfalls schweigen; „er hat geschwiegen und sich so verschwiegen“. Z. B. im Grundstücksverkehr, Fund.

„Die Verschweigung geht aus von der tatsächlichen (oder zu vermutenden) Kenntnis des Widerspruchsberechtigten von dem anfechtbaren Vorgang oder der anfechtbaren Tatsache“. Sie wirkt in der Regel sofort, anderenfalls nach dem „Schreijahr“ als Verschweigungsfrist, innerhalb dessen die Erlangung der Kenntnis angenommen werden kann.

Ihre Wirkung ist nicht unmittelbarer Rechtserwerb oder Vollendung eines solchen. Sie schließt aber eine künftige Anfechtung aus, daher hat sie praktisch jene Wirkung [1]). Beim Fund ist der Grundgedanke der Verschweigung im BGB. erhalten [2]) [3]).

„Der Rechtsgedanke [4]): Wer binnen Jahr und Tag ein ihm offenkundiges Rechtsverhältnis nicht anficht, verschweigt, d. h. verliert sein Anfechtungsrecht, entspringt der praktischen Vernunft“. Der Gedanke tritt auch in der heutigen Gesetzgebung hervor. Es handelt sich um ein allgemeines Prinzip, das in einzelnen Eällen zur Anwendung gebracht wird: Vigilantibus jura sunt scripta.

Das Verschweigungsinstitut leitet also die aus ihm entspringende Folge des Rechtsverlusts aus der Untätigkeit des Berechtigten her. Aber es handelt sich dabei grundsätzlich um eine verschuldete Untätigkeit, um ein Nichteinschreiten trotz der Kenntnis des Rechts zum Einschreiten. Dieser Auffassung steht nicht entgegen, daß das Verschulden bei der Untätigkeit des Berechtigten nicht immer besonders festgestellt wurde, sondern daß man sich auch mit einer Vermutung der Kenntnis des Anfechtungsrechts begnügte. Denn aus der Tatsache, daß der Lauf der Verschweigungsfrist erst mit der Erlangung der Kenntnis von dem mit Verlust bedrohten Anfechtungsrecht begann, folgt die Richtigkeit einer grundsätzlichen Voraussetzung des Verschuldens. Von einem Rechtserwerb ist bei der Verschweigung nur mittelbar die Rede, denn nur auf Grund des Rechtsverlusts läßt sich auf der Gegenseite u. U. ein Rechtserwerb feststellen. Dagegen ist es bei der Ersitzung so, daß zwar mit dem Ablauf der Ersitzungszeit auch das Recht des bisher Berechtigten endet; aber darin liegt nur die Folge des Eigentumserwerbs durch

---

[1]) a. a. O. S. 86

[2]) a. a. O. S. 119.

[3]) Vgl. ferner Endemann in DJZ. 28, 691 ff. und [4]) dessen Artikel „Verschweigung und Verwirkung“ im Handwörterbuch der Rechtswissenschaft von Stier-Somlo und Elster auf S. 635.

den Ersitzungsbesitzer. „In dem Eigentumserwerb aber besteht gerade der Zweck und der Kern des Ersitzungsinstitutes [1])."

Stellt man nunmehr den vorher ermittelten römischrechtlichen Ersitzungsgedanken und den deutschrechtlichen Verschweigungsgedanken einander gegenüber, so zeigt sich, daß die Ersitzung des geltenden Rechts in erster Linie auf dem römischrechtlichen Ersitzungsgedanken aufbaut, d. h. sie geht von der Schutzwürdigkeit des lange Zeit bestehenden Besitzes aus. Der Verschweigungsgedanke dagegen kommt nur ganz abgeschwächt darin zum Ausdruck, daß die Ersitzung notwendig auch eine Folge des Schweigens des Berechtigten ist. Es spielt hierbei im geltenden Recht keine Rolle, ob dieses Schweigen in Kenntnis (d. h. verschuldet) des das ältere Recht verletzenden Ersitzungsbesitzes geschah oder ohne solche Kenntnis.

Es gilt nunmehr, durch einen Vergleich der beiden Grundgedanken der Ersitzung mit denen der Verwirkungsrechtsprechung festzustellen, ob eine Anwendung von Ersitzungsgrundsätzen auf die Tatbestände der Verwirkung möglich ist.

2. Die oben erörterten Voraussetzungen, deren Erfüllung von der Rechtsprechung für die Feststellung des Rechtsverlustes infolge Verwirkung verlangt wird, beruhen anscheinend auf Gedanken, die sowohl mit dem Verschweigungs- als auch mit dem Ersitzungsgedanken verwandt sind.

Der verschweigungsähnliche Gedanke kommt darin zum Ausdruck, daß die Entscheidungen dem aus seinem älteren Zeichenrecht vorgehenden Kläger vorwerfen, daß er in Kenntnis oder ihr gleichzustellender grobfahrlässiger Unkenntnis mit der Verfolgung seines Rechts zu lange gewartet habe. Der Ersitzungsgedanke erscheint dagegen in dem Ergebnis der Rechtsprechung, welches a), wie oben (S. 20 ff.) bewiesen wurde, die Feststellung eines Rechtserwerbs auf seiten des Verletzers in demselben Umfange enthält, wie auf der Seite des Verletzten ein Rechtsverlust eintritt, und welches b) die Feststellung dieses Rechtserwerbs mit einem gutgläubigen (lauteren) Zeichenbesitz, der so lange Zeit dauerte, daß er zur Verkehrsgeltung des Zeichens führte, begründet.

Die von der Rechtsprechung in ihren neueren, ständig die gleiche Begriffsbestimmung enthaltenden Entscheidungen gewählte Ausdrucksweise [2]) läßt es nun allerdings offen, ob das Dulden, d. h. die

[1]) Dernburg I § 173 III S. 569.

[2]) Vgl. RG. in JW. 31, 1901 = MuW. 31, 369.

schuldhafte Untätigkeit des Verletzten, als Tatbestandsmerkmal und Voraussetzung für die Verwirkungsentscheidungen des RG. erheblich oder nur für die Feststellung der Gutgläubigkeit des Verletzers als Indiz von Bedeutung ist.

Einen Anhaltspunkt für die Auffassung im ersten Sinne bildet zunächst der vom RG. gewählte Ausdruck „Verwirkung", welcher ebenso wie die Verschweigung besagen kann, daß der Rechtsverlust des Verletzten die Reaktion auf sein untätiges Verhalten in Kenntnis der Verletzungen darstellt. Ferner zeigen das auch die früheren Urteile des RG., die, ohne das Wort „Verwirkung" zu benutzen, bereits zu dem Ergebnis gelangten, das als der wahre Inhalt der Entscheidungen der Verwirkungsrechtsprechung nachgewiesen wurde (nämlich Rechtsverlust und entsprechender Rechtserwerb). Diese früheren Urteile begründeten aber die Klagabweisung mit dem langen Zuwarten des Verletzten mit der Rechtsverfolgung [1]) in Kenntnis der Verletzungen.

Nur auf diese erste Möglichkeit geht Ulmer ein (sein Buch ist 1929 erschienen und konnte die neueren Entscheidungen noch nicht berücksichtigen), der auf das Verschweigungsinstitut hinweist und das Verschulden des Verletzten als eine der Voraussetzungen für die Entscheidung bezeichnet. Aber auch Reimer [2]) sieht nur diese eine Deutung der ständigen Ausdrucksweise des RG., wenn er das Verschulden des Verletzten als eine der Voraussetzungen für die Verwirkungsentscheidung aufführt.

Die Entscheidung des RG. in GRUR. 30, 537 [3]) auf S. 540 läßt sich dagegen als Beispiel dafür anführen, daß das RG. in dem Verschulden des Verletzten bei seiner Untätigkeit nur ein Indiz für die Gutgläubigkeit des Verletzers finden könnte. Aber diese Entscheidung sowohl als auch die spätere ständige Ausdrucksweise in der Rechtsprechung läßt auch die Auffassung im ersten Sinne zu, daß also immer noch die Kenntnis bzw. grobfahrlässige Unkenntnis des Verletzten von den Eingriffen in sein Recht als Voraussetzung (Tatbestandsmerkmal) für die Entscheidung angesehen wird.

Ebenso widerspruchsvoll in dieser Richtung sind auch die neusten auf RGZ. 134, 38 [4]) fußenden Entscheidungen [5]) über die Verwirkung. Denn obwohl es dort an einer Stelle heißt, die Kenntnis

[1]) Vgl. z. B. „Gazelle": GRUR. 29, 493 = MuW. 29, 166.
[2]) GRUR. 31, 465.
[3]) = MuW. 30, 302 = RGZ. 127, 321.
[4]) = MuW. 32, 10.
[5]) Z. B. RG. in MuW. 32, 174 und 184 = GRUR. 32, 466: Diese Entscheidungen erwecken den Anschein, als lasse das RG. die subjektive Tatbestandsseite jetzt völlig unbeachtet. Hiergegen mit Recht Weinmann in

des Klägers von der Wettbewerbshandlung bilde keine notwendige Voraussetzung für die Entscheidung und es komme stets auf die Umstände des Einzelfalles nicht auf seiten des Klägers, sondern des Beklagten an, sagt das RG. in derselben Entscheidung, daß diese nicht auf ersitzungsähnlichen Gedanken beruhe. Das ersitzungsähnliche Element würde sich aber gerade darin zeigen, daß die Kenntnis des Verletzten von den dauernden Verletzungen seines Rechts durch den jüngeren Wettbewerber keine Voraussetzung für die Verwirkungsentscheidung bildete.

Die Frage, ob das RG. den Verschweigungsgedanken oder den Ersitzungsgedanken seiner Entscheidung zugrunde legt, bleibt also noch ungeklärt; zu ihrer Beantwortung ist daher näher auf die von der Rechtsprechung für die Verwirkungsentscheidungen aufgestellten Voraussetzungen einzugehen. Würde das RG. die Entscheidung auf der Verschweigung aufbauen, so brauchte es nicht auf die Lauterkeit des Verletzers einzugehen. Würde es dagegen dem Ersitzungsgedanken folgen, so wäre ein Verschulden bei der Untätigkeit des Verletzten nicht mehr die notwendige Voraussetzung für den Rechtserwerb und -verlust.

Die Frage nach der Rechtsnatur der Verwirkung ist nun dahin zu beantworten, daß die Rechtsprechung die Fälle aus dem Ersitzungsgedanken entscheidet.

Schon aus den im 2. Kapitel getroffenen Feststellungen ergab sich, daß es sich bei der Rechtsprechung um Fälle eines Rechtserwerbs handelt, der auf Grund von Verletzungen des älteren teilweise verloren gehenden Rechts zustande kommt. Bei der Ersitzung handelt es sich um einen analogen Fall. Hier erwirbt der Ersitzende das Recht auf Grund seines lange währenden Besitzes, obwohl bis zum Rechtserwerb sein Ersitzungsbesitz einen Eingriff in die Rechte des zum Besitze berechtigten Eigentümers bildete.

Bei dem Ersitzungsinstitut des BGB., der einzigen gesetzlichen Regelung der Ersitzung im geltenden Rechte, müssen ebenso wie bei den Fällen der Rechtsprechung gewisse subjektive und objektive Voraussetzungen auf seiten des Ersitzenden, des Rechtserwerbers, vorhanden sein: Nämlich hier zehnjähriger Eigenbesitz und guter Glaube, dort ein durch langen Zeitablauf entstandener Besitzstand und Gutgläubigkeit (Lauterkeit). Der Rechtserwerb folgt hier und

---

MuW. 32, 155; denn auch das RG. hat in MuW. 32, 176 (177 a. E.) durch einen Hinweis auf RGZ. 134, 38 gezeigt, daß es nach wie vorher die subjektiven Tatbestandsmerkmale beim Verletzer für die Verwirkungsentscheidung berücksichtigt.

dort mittelbar aus der im Gesetze (§ 937 BGB.) nicht besonders erwähnten Untätigkeit des Verletzten.

Die Regelung des § 937 BGB. enthält zwar gegenüber der Verwirkungsrechtsprechung insoweit einen Unterschied, als § 937 einen zehnjährigen Zeitablauf verlangt, während die Rechtsprechung nicht von Zeitablauf spricht, sondern von der Feststellung eines Besitzstandes ausgeht. Aber die Anordnung einer festen Ersitzungsfrist ist eine Regelung, die nur einen Ersatz für die im allgemeinen schwierige Feststellung eines nach außen gefestigt erscheinenden Besitzes darstellt. Da es aber nur auf den Erfolg des nach außen als dauerhalt erscheinenden Besitzes ankommt, so ist eine solche Regelung für das Wettbewerbsrecht nicht erforderlich; denn hier kann eine solche Feststellung durch den Nachweis eines wettbewerbrechtlichen Besitzstandes wesentlich leichter getroffen werden. Es liegt hier eine Ersitzung *Κατ' ἐξοχήν* vor: Der Zeitablauf hat nur insofern Bedeutung, als während seiner Dauer ein Besitzstand geschaffen werden konnte. Es bedarf also hier nicht seiner besonderen Feststelllung. Diese ist bereits in der Feststellung des gefestigten Besitzstandes enthalten. Das bringt die Rechtsprechung auch schon zum Ausdruck, wenn es in MuW. 30, 237 = GRUR. 30, 535 heißt, eine Regel dafür, daß der klägerische Anspruch nach gewisser Zeit verwirkt sei, habe niemals Anerkennung der Rechtsprechung gefunden.

Der Unterschied, der in dem Erfordernis des Zeitablaufs liegt, stände demnach der Auffassung nicht entgegen, daß es sich hier um eine wettbewerbrechtliche Ersitzung handele.

Ein anderer Unterschied gegenüber den Tatbeständen der Rechtsprechung besteht darin, daß nach § 937 BGB. zur Ersitzung ein „Eigenbesitz "an der zu ersitzenden Sache erforderlich ist. Dieser Eigenbesitz (§ 872 BGB.) des Ersitzenden ist Besitz an einer fremden Sache. Der Verletzer im Wettbewerbsrecht besitzt dagegen nicht das Zeichen des älteren Zeicheninhabers, sondern sein eigenes Zeichen, denn es hat sich bei Ablehnung der Heranziehung der Vorschriften über Verarbeitung auf die Tatbestände der Verwirkung gezeigt, daß es sich hier nicht um eine Identität des erworbenen Zeichens mit dem Zeichen, welches teilweise verloren geht, handelt. Vielmehr tritt der Rechtsverlust des älteren Zeicheninhabers dadurch ein, daß der jüngere Verletzer ein eigenes Zeichens erwirbt.

Der hier auftauchende Unterschied läßt sich jedoch aus dem Gegensatz von Sachbesitz und wettbewerbrechtlichen Besitzstand erklären. Der letztere hat dem ersten gegenüber eine weit größere Mannigfaltigkeit von Sonderbildungen voraus: Beim unmittelbaren

Sachbesitz kennt man nur die Fälle des Mitbesitzes. Dagegen gibt es im Wettbewerbsrecht die vielen Fälle des Nebeneinanderbestehens von Zeichen, d. h. des Besitzstandes verschiedener Unternehmer an Zeichen, die zur Kennzeichnung gleicher oder gleichartiger Waren dienen und miteinander verwechslungsfähig sind.

Nach alledem ist auch Baumbachs Behauptung[1]) nicht richtig, daß der Analogie zur Ersitzung der Mangel einer Möglichkeit des Eigenbesitzes im Sinne von § 937 BGB. entgegenstehe. Da es sich, wie gezeigt, nicht um eine Identität des jüngeren Zeichens mit dem älteren handelt, kann doch von einem „Eigenbesitz" des jüngeren Zeicheninhabers an einem Zeichen gesprochen werden; denn der jüngere besitzt sein Zeichen ausschließlich als eigenes. Es handelt sich aber auch gar nicht um eine Ersitzung des älteren Zeichens mit dem Erfolge völligen Rechtsverlustes des älteren Zeicheninhabers, sondern es gilt hier der Satz: quantum possessum, tantum praescriptum, d. h. ersessen wird nur das Recht, sich gegenüber dem älteren Rechte zu behaupten.

Dieser zweite Unterschied gegenüber zur Ersitzung des BGB. ist zwar tiefer gehend als der vorher aufgeführte. Aber auch er steht einer Analogie zur Ersitzung des BGB. nicht entgegen; denn ausschlaggebend ist, daß es sich in den Fällen der Rechtsprechung immer um eine Interessenlage handelt, die derjenigen bei der Ersitzung entspricht. Wie bereits gezeigt wurde, ist bei der Ersitzung wie bei den Fällen der Verwirkungsrechtsprechung der Ausgangspunkt der Entscheidung die „schutzwürdige wertvolle Rechtsposition" des Besitzstandes des Verletzers bzw. des Ersitzenden. Hierfür läßt sich auch eine besonders deutlich sprechende Entscheidung des RG. anführen. In der Entscheidung [2]) heißt es: „Maßgeblich ist aber der wettbewerbrechtlich erhebliche Tatbestand, der redliche Besitzstand hinsichtlich der Firma, der geschützt werden soll. Daß dabei der Grundsatz der Priorität in der Regel entscheiden soll, sagt das Gesetz ausdrücklich. Aber es ist ebenso allgemein anerkannt, daß das nicht zu einer Entrechtung eines anderen, ebenso sehr befugt zustande gekommenen Besitzstandes führen darf [3])."

Auch bei den subjektiven Voraussetzungen der Ersitzung scheint gegenüber den von der Rechtsprechung auf der Seite des jüngeren Rechtserwerbers geforderten subjektiven Voraussetzungen ein Unterschied zu bestehen. Während nämlich im Falle der Ersitzung sich der Ersitzende in gutem Glauben von Beginn bis zum Ende seiner Er-

---

[1]) GRUR. 30, 252.

[2]) GRUR. 29, 1216.

[3]) Ebenfalls deutliche Beweise bringen RG. in GRUR. 29, 1044 = MuW. 29, 542 und GRUR. 31, 775 = MuW. 31, 395 (Jacoby/Jacoby).

sitzungszeit befinden muß [1]), darf der Rechtserwerber in den praktisch wichtigsten Fällen der Verwirkungstatbestände zu Beginn der Benutzung seiner Bezeichnung sich bewußt gewesen sein, daß er in ältere Zeichenrechte verletzend eingreife; man hat es also mit einem anfangs bösgläubig (unlauter) Handelnden zu tun. Daß eine solche Handlungsweise dennoch zur Anerkennung eines Rechtserwerbs führen kann, ist nur dadurch möglich geworden, daß das RG. in diesen Fällen eine „bona fides superveniens" [2]) des Verletzers der auch von ihm grundsätzlich verlangten Gutgläubigkeit (Lauterkeit) gleichstellt. Diese Art der bona fides kommt dadurch zustande, daß der Erwerber „aus dem Verhalten des Verletzten" (lange Zeit widerspruchsloser Duldung der Verletzungen) „auf dessen Einverständnis und damit auf die Zulässigkeit seines eigenen Tuns zu schließen berechtigt ist" [3]).

Es kommt hier nur eine solche bona fides superveniens in Betracht, die noch während der Entwicklung des Zeichens zur Verkehrsgeltung eingetreten ist. Bei der Feststellung des wettbewerbrechtlichen Besitzstandes muß als weitere Voraussetzung der Verwirkungsentscheidung immer festgestellt werden können, daß die Schaffung des Besitzstandes in gutem Glauben erfolgt ist. Das schließt einerseits nicht aus, daß ein Teil des Arbeits- und Kostenaufwands zur Erlangung der Verkehrsgeltung noch zu einer Zeit geschehen sein kann, in der der jüngere Zeichenbenutzer noch unlauter handelte: Die Ingebrauchnahme des Zeichens kann bösgläubig gewesen sein. Andererseits konnte aber eine bona fides superveniens, die erst nach Erreichung der Verkehrsgeltung des jüngeren Zeichens eingetreten wäre, niemals zur Verwirkung und zum Rechtserwerb führen.

Zu prüfen ist also, ob das Erfordernis der Gutgläubigkeit „am Anfang der Ersitzung", d. h. zu Beginn der Ersitzungsfrist, welches von der Verwirkungsrechtsprechung nicht aufgestellt wird, so wesentlich ist, daß eine Analogie zur Ersitzung deshalb unmöglich erscheint.

Der Fall einer bona fides superveniens ist zwar auch für die Ersitzung denkbar. Da nämlich, wo der anfangs bösgläubige Besitzer berechtigterweise aus den Umständen schließen durfte, daß seinem Eigenbesitz keine Rechte von dritter Seite mehr entgegenstehen [4]). Aber dieser Fall ist von dem subjektiven Tatbestand der Verwirkung scharf zu scheiden, da auch hier der Lauf der Ersitzungsfrist erst

---

[1]) Denn: mala fides superveniens nocet.
[2]) Vgl. hierzu Schramm in MuW. 31, 609f.
[3]) Vgl. z. B. RG. in MuW. 31, 369 = JW. 31, 1901.
[4]) Vgl. das Beispiel bei M. Wolff: § 71, I, 2 d.

mit dem Eintritt der Gutgläubigkeit beim Ersitzungsbesitzer beginnen würde. Die Zeit des bösgläubigen Besitzes würde auf die Ersitzungsfrist nicht angerechnet werden.

Die Unerheblichkeit des Unterschiedes zwischen Ersitzungs- und Verwirkungsrechtsprechung ergibt sich vielmehr aus folgendem:

Bei der Verwirkung kennt man, wie bereits dargelegt wurde, keine Ersitzungsfrist, nach deren Ablauf der Rechtserwerb einzutreten hätte, also auch keinen bestimmten Zeitpunkt, von welchem ab die Frist zu rechnen wäre. An die Stelle des Fristablaufs tritt bei der Verwirkung als gleichwertiges Tatbestandsmerkmal der wettbewerbrechtliche Besitzstand, der durch die Zeichenbenutzung im Verkehr während einer langen Zeitdauer geschaffen worden ist.

Grundsätzlich wird nun sowohl für Ersitzung wie für Verwirkung Gutgläubigkeit des Rechtserwerbers gefordert. Hieraus folgt begrifflich aber noch nicht für die Ersitzung, daß der Ersitzende von Beginn an gutgläubig gewesen sein muß. Das folgt erst daraus, daß das objektive Tatbestandsmerkmal für die Ersitzung, der Besitzstand, bei der Ersitzung nicht im Einzelfalle festgestellt wird, sondern fingiert wird, wenn eine bewegliche Sache sich 10 Jahre hindurch im Eigenbesitze des Ersitzenden befunden hat. Daher muß ebenfalls die Gutgläubigkeit des Ersitzenden während dieser ganzen Ersitzungsfrist vorhanden sein, weil nur dann feststehen kann, daß der Besitzstand auch gutgläubig (dem Grundsatz entsprechend) geschaffen worden ist. Anders bei der Verwirkung: Hier besteht keine schematische Regelung, sondern es wird im einzelnen Falle der Besitzstand, der den Ausgangspunkt für jede Ersitzung bilden muß, festgestellt. Die auf den Einzelfall bei den objektiven Tatbestandsmerkmalen abstellende Betrachtung verpflichtet aber auch dazu, bei den subjektiven Voraussetzungen der Ersitzung von einer schematischen Regelung abzusehen und auf den einzelnen Fall abzustellen. Da es für eine Ersitzung theoretisch grundsätzlich nur erforderlich ist, daß ein schutzwürdiger Besitzstand in gutem Glauben geschaffen wurde, so braucht hier folglich der Rechtserwerber nicht bereits bei der ersten Ingebrauchnahme des Zeichens, an dem er sich einen Besitzstand geschaffen hat, gutgläubig gewesen zu sein. Zur Anerkennung eines ersitzungsähnlichen Rechtserwerbs muß es dann schon genügen, wenn er zur Zeit der Erreichung der Verkehrsgeltung, also in einem von der ersten Ingebrauchnahme unter Umständen entfernten Zeitpunkt, gutgläubig gewesen ist.

Nach alledem liegt in der Anerkennung der bona fides superveniens nichts dem Wesen einer Ersitzung Fremdes. Zu beachten

ist aber, daß sie nur eine, wenn auch vielleicht häufige Unterart des normalen subjektiven Tatbestandes für die Verwirkung und den aus ihr folgenden Rechtserwerb darstellt.

Die Gegenüberstellung von Ersitzung und Verwirkung hat gezeigt, daß man es bei der Verwirkungsrechtsprechung mit der Anwendung des Ersitzungsgedankens zu tun hat. Einer entsprechenden Anwendung der Ersitzungsvorschriften auf die Fälle der Verwirkung steht daher grundsätzlich nichts mehr im Wege. Es ist also unzutreffend, wenn das RG. in seiner Entscheidung RGZ. 134, 38 ausführt, daß der Gedanke der Verwirkung „nicht auf ersitzungsähnlichen Gesichtspunkten" beruhe, und es ist widerspruchsvoll, wenn es in demselben Zusammenhang noch ausdrücklich hinzufügt, daß entscheidend stets die „Umstände des Einzelfalles und zwar nicht auf seiten des Klägers, sondern des Beklagten" sind. Nach dieser Entscheidung mag die Frage, ob hier eine Ersitzung vorliegt oder nicht, als ein Streit um Worte erscheinen; tatsächlich werden aber die Erfordernisse für den Rechtserwerb und Verlust von der Rechtsprechung so aufgestellt, als handele es sich um eine Ersitzung.

3. Nimmt man grundsätzlich die Möglichkeit einer entsprechenden Anwendung von Ersitzungsvorschriften auf die Verwirkungstatbestände an, so fragt es sich, in welchem Umfange die entsprechende Anwendung stattfinden soll.

Im Schrifttum wird die Ansicht, daß auf die Tatbestände der Verwirkungsrechtsprechung die Normen der Ersitzung des BGB. entsprechend anzuwenden sind, besonders von J. L. Seligsohn (GRUR. 30, 93, insbesondere auf S. 101 und früher bereits in: Abhandlungen zum Arbeitsgebiet des RPA. 1927 S. 221 ff.) vertreten. Er will unter Übernahme der sonstigen Gesetzesvorschriften die vom § 937 vorgeschriebene Ersitzungsfrist von 10 Jahren durch eine Frist ersetzen, über deren Länge von Fall zu Fall zu entscheiden sei. Die Dauer der Ersitzungsfrist sei willkürlich vom Gesetzgeber auf 10 Jahre festgesetzt worden: Sie gelte heute allgemein als zu lang. In früheren Rechtsordnungen (z. B. im klassischen römischen Recht, im gemeinen und im sächsischen Recht) sei sie viel kürzer gewesen.

Die einzelnen Vorschriften über den Zeitablauf §§ 938—944 BGB. will Seligsohn entsprechend angewendet wissen. Reimer [1]) stimmt dem Vorschlage von Seligsohn für solche seltenen Fälle zu, in denen die Untätigkeit des Verletzten sich über einen außerordentlich langen Zeitraum, 20 Jahre oder mehr, erstrecke.

[1]) GRUR. 31, 465 ff.

Dem von Seligsohn und Reimer vorgeschlagenen Umfange der Analogie kann nicht zugestimmt werden. Denn es wurde bereits gezeigt, daß die Feststellung des Zeitablaufs bei der Ersitzung für die Fälle der Verwirkungsrechtsprechung nicht notwendig ist. Da aber die §§ 938—944 BGB. nur dazu dienen, den durch das gesetzliche Erfordernis des Zeitablaufs im einzelnen entstehenden Schwierigkeiten zu begegnen, kommt ihre Anwendung für die Fälle der Verwirkungs-Rechtsprechung nicht in Betracht. (Gegen Seligsohn Gottschalk [1]) ohne nähere Begründung und Baumbach [2]) mit m. E. unzureichender Begründung.)

§ 945 BGB. muß ebenfalls ausscheiden, weil an dem zu ersitzenden Rechte keine Rechte bestehen können, welche den beschränkten dinglichen Rechten gleichzustellen sind. Für die Analogie bleibt daher nur der § 937 BGB. übrig. Aus diesem müssen nunmehr die Folgerungen für die einzelnen in Betracht kommenden wettbewerbrechtlichen Tatbestände gezogen werden.

4. Kapitel

Folgerungen

a) Eine weniger wesentliche Folgerung ist aus § 937 Abs. 2 zunächst zu ziehen, demzufolge eine Vermutung für die Gutgläubigkeit des Ersitzenden besteht. Der Verletzer hat danach die Vermutung der Lauterkeit für sich. Der klagende Verletzte müßte dem Verletzer den Verstoß gegen das Wettbewerbsrecht bei der Erlangung seines Besitzstandes nachweisen.

b) Von größerer Tragweite ist die aus § 937 Abs. 1 zu ziehende Folgerung, daß das Verschulden des untätigen Verletzten als Voraussetzung für die Verwirkungsentscheidung nunmehr entfallen muß.

Für die entsprechende Anwendung dieser Ersitzungsvorschriften kommt zunächst eine Reihe von Fällen in Betracht, in denen die Priorität eines eingetragenen Wz. durch die nachträgliche Entstehung eines wettbewerbrechtlichen Besitzstandes für eine gleiche oder mit der älteren verwechslungsfähige „Bezeichnung“[3]) durchbrochen wird. Bei dem eingetragenen Wz. kann es sich entweder um ein unbenutztes Zeichen oder um ein solches handeln, für das außer der Eintragung noch ein wettbewerbrechtlicher Besitzstand besteht. Bei der verletzenden, Verkehrsgeltung genießenden Be-

[1]) GRUR. 30, 6 Anm. 21.

[2]) GRUR. 30, 252.

[3]) Für den Inhalt der Begriffe „Bezeichnung“ und „Kennzeichen“ vgl. die Einleitung.

zeichnung kann es sich außer der uneingetragenen auch um eine solche handeln, die später ebenfalls in das Register eingetragen wurde. (Dieser Fall ist insbesondere denkbar bei bloßer Verwechslungsfähigkeit der Zeichen; weniger wahrscheinlich ist er bei völliger Übereinstimmung.)

In allen diesen Fällen darf jetzt die jüngere Bezeichnung neben dem älteren Wz. bestehen bleiben, wenn für ihren Inhaber ein wettbewerbrechtlicher Besitzstand besteht und dieser auf redliche (d. h. mit dem UWG. zu vereinbarende) Weise geschaffen worden ist. Die Prüfung der Frage, ob das untätige Verhalten des verletzten älteren Zeicheninhabers schuldhaft ist, ist für die Feststellung des Rechtserwerbs des jüngeren Zeicheninhabers nicht erforderlich. Die Untätigkeit tritt in Erscheinung nur bei der Feststellung, ob bereits für das jüngere Zeichen ein dem Begriff des wettbewerbrechtlichen Besitzstandes entsprechender Zustand der Verkehrsbekanntheit vorliegt[1]).

Eine Bedeutung kann die verschuldete Untätigkeit nur noch insoweit besitzen, als sie als Indiz für die Lauterkeit des ersitzenden jüngeren Zeicheninhabers in Betracht kommen kann. Es ist hier ebenso wie bei der bisherigen Rechtsprechung, nach der der Verletzer aus ihr auf die Zulässigkeit seines eigenen Tuns schließen durfte[2]).

Auch bei den Fällen der Kollision eines Zeichens, mit einem früher in Gebrauch genommenen bzw. früher zur Verkehrsgeltung gelangten älteren uneingetragenen Zeichen, bedarf es nur noch der Feststellung des Bestehens eines wettbewerbrechtlichen Besitzstandes für den Inhaber des jüngeren Zeichens, sowie der Redlichkeit des Inhabers bei der Schaffung des Besitzstandes, um sich gegenüber dem älteren Zeicheninhaber zu behaupten.

In den Fällen schließlich, in denen der Benutzer der jüngeren Bezeichnung zunächst zu einer Eintragung gelangt ist, die nach dem im Verhältnis von Besitzstand zu eingetragenem Wz. geltenden Prioritätsprinzip bereits eine Verletzung des Besitzstandes an der älteren Bezeichnung darstellt, besteht für den Benutzer der jüngeren Bezeichnung die Möglichkeit eines Rechtserwerbs: Nämlich dann, wenn er sich ebenfalls einen wettbewerbrechtlichen Besitzstand an seiner jüngeren Bezeichnung auf lautere Weise geschaffen hat. Die Eintragung im Register spielt hier für den

[1]) Was der beklagte Verletzer zu beweisen haben wird: RG. in MuW. 31, 389 (391) = JW. 31, 1891.

[2]) RGZ. 127, 321.

Rechtserwerb keine Rolle. Es liegt hier nicht anders als bei den vorher erwähnten Fällen. Bis auf den Unterschied, daß die Eintragung im Register für den Zeicheninhaber, der zu einem Besitzstand gelangte, durch Hinzurechnung zu dem Besitzstand „Verstärkungswirkungen“ [1]) erzeugen kann. Im Falle der Erstarkung des jungen eingetragenen Wz. durch den Erwerb eines Besitzstandes kann das Zeichen als eingetragenes Wz. den vollen Schutz des WzG. gegenüber Dritten erwerben [2]).

Die folgerichtige Anwendung des Ersitzungsgedankens auf die angeführten Tatbestände zeigt, daß der von der Rechtsprechung gewählte Ausdruck „Verwirkung“ fallen zu lassen ist: Es hat sich ergeben, daß die Rechtsprechung mehr als den bloßen Verlust des klägerischen Anspruchs, was doch eigentlich unter Verwirkung im Sinne einer Verschweigung zu verstehen wäre, in den betreffenden Entscheidungen festgestellt hat. Für das Ergebnis eines einander entsprechenden Rechtsverlusts und -erwerbs unter den angeführten Voraussetzungen kann daher nur ein Ausdruck passen, der auf den Ersitzungsgedanken Bezug nimmt, am besten wohl „Zeichenersitzung“.

Eine bewußte Ersitzungsrechtsprechung ist auch praktisch vorteilhafter als die gegenwärtige Form der Entscheidungen zu den angeführten Tatbeständen. Abgesehen davon, daß die Notwendigkeit des Vorwurfs gegen den Kläger, er verstoße mit der Ausübung seines Rechts gegen die guten Sitten, insbesondere auch dann entfällt, wenn der Kläger völlig ohne Verschulden gegenüber den Verletzungen seines Rechts untätig geblieben ist, bietet diese Art der Begründung der Entscheidung den praktischen Vorteil, daß über die Gründe für die Untätigkeit des Inhabers des älteren Zeichens keinerlei Beweise, die hier oft große Schwierigkeiten bereiten, zu führen sind.

5. Kapitel

Keine Ersitzung im Urheber- und Erfinderrecht

Nachdem nunmehr die durch die sog. Verwirkung erzielten Ergebnisse der Rechtsprechung als Anwendungsfälle des Ersitzungsgedankens auf das Wettbewerbsrecht geklärt sind, kann geprüft werden, ob es zulässig ist, diese Rechtsprechungsgrundsätze auch auf den Gebieten des Urheber- und Erfinderrechts anzuwenden. Die beiden auf diesen Gebieten ergangenen, anfangs (S. 17 ff.)

[1]) Ulmer S. 87, 89.

[2]) Zustimmend Hagens in der Ztschrft. f. d. ges. Handelsrecht und Konkursrecht 1930, 488.

erwähnten Entscheidungen des RG. lassen die Absicht einer Anwendung erkennen, wenn es sich auch in diesen Fällen nur um theoretische Erörterungen handelt.

Die Frage lautet daher zunächst, ob in diesen beiden Rechtsgebieten Tatbestände auftreten können, welche eine den Fällen aus dem Wettbewerbsrecht entsprechende Rechts- und Interessenlage aufweisen. Das könnte nur dann der Fall sein, wenn es auch auf diesen Gebieten die Möglichkeit eines Rechtserwerbs gäbe, der auf der Schaffung einer Verkehrsgeltung für den betreffenden Schutzgegenstand beruht; denn der „Besitzstand“[1]) war der Ausgangspunkt der Entscheidungen in den Fällen des Wettbewerbsrechts.

Aber an diesem Erfordernis muß bereits der Versuch der Übertragung der Ersitzungsrechtsprechung auf andere Gebiete des gewerblichen Rechtsschutzes scheitern. Denn der Schutz der Verkehrsgeltung beruht darauf, daß in ihr die allgemeine Überzeugung von der Herkunft[2]) aus ein und demselben Betriebe, die Erkennbarkeit der Herkunft also verkörpert ist. Im Gegensatz dazu beruht der Schutz der Gegenstände des Urheber- und Erfinderrechts au den scharf umgrenzten Eigenschaften der erbrachten Leistung selbst, während die erkennbare Zugehörigkeit des Werkes zu der Person des Schaffenden die Voraussetzung des wettbewerbrechtlichen Schutzes ist. Hieraus folgt, daß die Verkehrsgeltung keine „urheber- und erfinderrechtliche Kategorie“ ist; sie ist vielmehr „allein auf dem Boden des Wettbewerbsrechts“, welches großenteils ein Recht der Kennzeichnung ist, „erwachsen“[3]). Der Gegensatz tritt besonders deutlich in der Entscheidung RG. 120, 94 hervor, in der es sich um den Unterschied von Ausstattungsschutz gemäß § 15 WzG. und dem Schutz auf Grund des Gesetzes betreffend den Schutz von Mustern und Modellen handelt. Die Entscheidung besagt, daß eine Ausstattung musterschutzfähig ist nur aus den „absoluten Gründen der ästhetischen Schöpfung“[4]); eine Ausstattung genieße dagegen zeichenrechtlichen Schutz aus dem „relativen Grunde, daß sie in der Lage sei, die Zugehörigkeit zu einem

[1]) Vgl. Kap. 1 zu a am Ende.

[2]) Vgl. dazu die Entscheidungen über „sklavischen Nachbau von ungeschützten (wegen Ablaufs der Schutzfrist) Maschinen“, bes. RG. in MuW. 32, 134 und 201: hier wird immer streng zwischen der „technisch-funktionellen Seite“ des vertriebenen Gegenstandes und der „Verkehrsgeltung“ gewisser Kennzeichnungsmerkmale für die Herkunft aus ein und demselben Betriebe unterschieden.

[3]) Elster in GRUR. 31, 686.

[4]) Elster a. a. O.

bestimmten Betriebe zu kennzeichnen, also völlig unabhängig von ihrer ästhetischen Schutzfähigkeit“[1]).

Fällt somit schon der Ausgangspunkt für eine auf dem Ersitzungsgedanken beruhende Rechtsprechung fort, so bleiben nur die Voraussetzungen für die Begründung einer Entscheidung übrig, welche allein auf dem ungebührlich langen Warten des Klägers mit der Rechtsverfolgung beruhen könnte.

Eine demnach überwiegend auf das Verhalten des Klägers abstellende Entscheidung könnte dann aber nur insoweit von Verwirkung sprechen, als damit der von der Rechtsprechung auf anderen zivilrechtlichen Gebieten als dem Wettbewerbsrecht verwendete Verwirkungsbegriff verstanden wird. Es läge dann hier nicht anders als z. B. bei den Verwirkungsfällen im Aw.Recht, in denen das Verhalten des Klägers allein zur Begründung einer Einrede der Arglist dient[2]). Die Arglist würde hier wieder in der Handlungsweise des Klägers gefunden werden, die sich im Widerspruch zu der früheren Handlungsweise insofern befinden würde, als der Kläger durch sein bewußtes Schweigen einen Verzicht[3]) auf die Geltendmachung seines Rechts auf Untersagung der Verletzung ausgedrückt hätte.

Ein derartiger Rechtsbehelf der Verwirkung muß aber ohne Bedeutung für das Urheber- und Erfinderrecht bleiben. Denn durch jede Verletzung des absoluten Rechts werden immer wieder neue Unterlassungsansprüche mit neu beginnender Verjährungsfrist entstehen, da die Art der Verletzungen so beschaffen ist, daß sie nicht einmal, sondern dauernd geschehen. Da aber hier kein Rechtserwerb und entsprechender Rechtsverlust der dauernden Entstehung neuer Unterlassungsansprüche ein Ende machen kann, dürfte nur in ganz seltenen Fällen die Arglist des Klägers derart ins Gewicht fallen, daß sie gegenüber allen entstandenen Unterlassungsansprüchen mit Erfolg eingewendet werden könnte[4]).

Die Ausdehnung der auf dem Ersitzungsgedanken beruhenden Rechtsprechung zum Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht auf andere Gebiete des gewerblichen Rechtsschutzes ist demnach abzulehnen. Für diese Gebiete bleibt es bei den allgemeinen Vorschriften über die Einhaltung von Treu und Glauben, die hier allein die Grundlage einer Verwirkungsrechtsprechung bilden könnten.

---

[1]) Elster a. a. O.

[2]) Obwohl die *wirtschaftliche Begründung* der Entscheidung hier ebenfalls zur Berücksichtigung der Umstände auf seiten des Beklagten (Verletzers) führt.

[3]) Doch könnte hier unter Umständen die sich auf das Schweigen stützende Verwirkung wieder ausgeschlossen sein; so, wenn das Schweigen gerechtfertigt erscheint: vgl. RG. 129, 258.

[4]) Vgl. RG. in MuW. 30, 371.

Abhandlungen, Kommentare, Lehrbücher

Baumbach: Kommentar zum Wettbewerbsrecht, 1929.
Becher: Wettbewerbsrecht, 1928.
Beseler: System des gemeinen deutschen Privatrechts, 4. Aufl., 1885.
Callmann: Der unlautere Wettbewerb, 1929.
Dernburg: Das bürgerliche Recht, III. Aufl., 1906.
Elster: Urheber- und Erfinder-, Warenzeichen- und Wettbewerbsrecht, II. Aufl., 1928.
Endemann: „Verschweigung und Verwirkung" im Handwörterbuch der Rechtswissenschaft von Stier-Somlo und Elster.
Enneccerus: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, allgem. Teil *Kipp-Wolff* 1928.
Finger: Das Reichsgesetz zum Schutze der Warenbezeichnungen, III. Aufl., 1926.
Freiherr von Schwerin: Grundzüge des deutschen Privatrechts, II. Aufl., 1928.
Geitel: Praxis des Gesetzes zum Schutze der Warenbezeichnungen, 1900.
Gierke: Deutsches Privatrecht, 1895.
Hagens: Warenzeichenrecht, 1927.
Handwörterbuch der Rechtswissenschaft, herausgegeben von Stier-Somlo und Elster, 1929.
Heymann: Die zeitliche Begrenzung des Urheberrechts, Sonderabdr. a. d. Sitzungsber. d. Preuß. Akademie d. Wissenschaften 1927, XI, 64.
Hübner: Grundzüge des deutschen Privatrechts, IV. Aufl., 1922.
Kohler: Recht des Markenschutzes, 1884.
— Warenzeichenrecht, 1910.
— Der unlautere Wettbewerb, 1914.
P. Meyer: Erweiterung und Beschränkung des Immaterialgüterrechts durch die Generalklausel des Wettbewerbsrechts. Freiburger Diss. 1931.
Motive zum Entwurf eines BGB.
Pinzger-Heinemann: Das deutsche Warenzeichenrecht, 1926.
Riezler: Venire contra factum proprium, 1912.
Rosenthal: Kommentar zum Wettbewerbsgesetz, 1930.
Schirmer: Die Grundidee der usucapion im römischen Recht, Berlin 1855.
Schreuer: Deutsches Privatrecht, 1921.
Seligsohn: Warenzeichenrecht, 1925.
Ulmer: Warenzeichen und unlauterer Wettbewerb in ihrer Fortbildung durch die Rechtsprechung, 1929.
K. D. Unterholzners ausführliche Entwicklung der gesamten Verjährungslehre, bearb. v. Theodor Schirmer, II. Aufl., 1858.
M. Wolff: Sachenrecht, VIII. Aufl., 1929.

Aufsätze.

Baumbach: Die Verwirkung im Wettbewerbsrecht, GRUR. 1930, 251 ff.
— Wen schützt das Wettbewerbsrecht? MuW. 31, 5 ff.
Daffis: Wandlungen im Wettbewerbsrecht in GRUR. 31, 801 ff.

Elster: Verkehrsgeltung als wettbewerbsrechtlicher Besitzstand, GRUR. 1931, 686 ff.
Endemann: Die Verschweigung des Aufwertungsanspruchs, DJZ. 28, 692.
Finger: Benutzungszwang und Verwirkung, MuW. 31, 298 ff.
Gottschalk: Die sogenannte Verwirkung des Anspruchs im gewerblichen Rechtsschutz, GRUR. 1930, 1 ff.
Hagens: Warenzeichen und Ausstattungsbesitz, MuW. 27/28, 561 ff.
— Kritik des Buches von Ulmer (vgl. S. II) in Ztschrft. f. d. Ges. HandelsR. u. KonkursR. 1930, 486 ff.
Hamburger: Zum Begriff der Verwirkung, LZ. 28, 1588.
Heinemann: Die Verwirkung als Rechtsvernichtungsgrund, LZ. 28, 935.
Herzog: Verwirkung, Ersitzung und Verarbeitung im Firmen- und Warenzeichenrecht, MuW. 30, 353.
Mügel: Die Rechtsprechung des RG. über die Verwirkung von Aufwertungsansprüchen, JW. 30, 1042.
Pinzger: Zur Reform des Markenrechts, DJZ. 31, 659 ff.
Reimer: Die Gefahr des langen Zuwartens für den Anspruchsberechtigten im Warenzeichen- und Wettbewerbsrecht, JW. 28, 2064.
— Verschulden als Voraussetzung der Anwendbarkeit des § 1 UWG., MuW. 29, 208.
— Wichtige Interessenausgleichsfragen im Patent- und Warenzeichenrecht und ihre Behandlung durch die Rechtsprechung, GRUR. 31, 447 ff.
— GRUR. 32, 345 ff.
J. L. Seligsohn: Einfluß der Zeit auf den gewerblichen Rechtsschutz, GRUR. 30, 93 ff.
Wassermann: Die nicht eingetragene Marke im Verhältnis zum eingetragenen Warenzeichen, GRUR. 29, 413 f.

Lebenslauf

Ich bin am 24. Februar 1909 zu Charlottenburg geboren. Meine Eltern sind der Rechtsanwalt und Notar Dr. Max Oppenheim und Frau Helene, geborene Liepmann, zu Berlin-Charlottenburg.

Ich besuchte von 1915 bis 1927 die Kaiser-Friedrich-Schule zu Berlin-Charlottenburg (Gymnasium) und bestand dort Ostern 1927 das Abiturientenexamen.

Seit dem Sommersemester 1927 studierte ich die Rechte. Ich besuchte die Universitäten Freiburg im Breisgau (2 Semester) und Berlin (4 Semester). Am 14. November 1930 bestand ich die erste juristische Staatsprüfung am Kammergericht in Berlin.